



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

GARCÍA BELAUNDE, Domingo
ENCUENTROS Y DESENCUENTROS EN TORNO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, , 2008, pp. 345-369
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

ENCUENTROS Y DESENCUENTROS EN TORNO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

Domingo GARCÍA BELAUNDE**

SUMARIO: I. *Perplejidades.* II. *El debate en torno al nombre.* III. *¿Qué tipo de jurisdicción?* IV. *El debate en torno al contenido.* V. *El debate sobre su ubicación.* VI. *Sobre el proceso constitucional.* VII. *¿Siguen los procesos constitucionales?* VIII. *¿De qué tratan los procesos constitucionales?* IX. *¿Es criterio suficiente para identificar a un proceso constitucional el hecho de que sea resuelto por un órgano especial?* X. *El desinterés de los procesalistas.* XI. *Palos de ciego.* XII. *¿Existe un derecho constitucional procesal?* XIII. *¿Derecho procesal internacional?*

I. PERPLEJIDADES

El nacimiento de una disciplina ocasiona siempre problemas de diverso orden, en especial de carácter teórico. El mismo desarrollo del derecho romano —para sólo referirnos a la familia jurídica en la que nos movemos— fue lento y producto de una compleja evolución que sólo se consolidó a lo largo de los siglos. La Edad Media con sus numerosas escuelas constituye así un laboratorio de todo lo que iba a surgir después, que se condensa, por así decirlo, a fines del siglo XVIII, y más en concreto en el siglo XIX con la codificación. Esto es, si bien el derecho como conjunto normativo existió desde siempre y sobre todo como una unidad, tendió a especializarse a partir de la codificación, lo que explica que estas disciplinas, sobre todo el derecho civil y demás ramas del derecho privado, y

* Ponencia presentada a las IX Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional que se llevó a cabo en Buenos Aires en la Universidad El Salvador (7-8 de septiembre de 2006). Agradezco a Adolfo A. Rivas la autorización para publicar este texto cuando aun no han salido las memorias del Congreso.

** Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

luego las del derecho público interno —pues el internacional tiene su propia trayectoria— hiciesen grandes esfuerzos para constituirse como partes adecuadas de un gran todo.

En cuanto al derecho procesal, considerado como disciplina y no como simple aglomerado de normas, se independiza o empieza su andadura como tal, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, por obra, sobre todo, de la doctrina alemana e italiana.

Igual puede decirse de los procedimientos y de los procesos. Se han dado desde siempre, pero su perfil científico es relativamente cercano. En realidad, el procesalismo científico empieza en el ámbito civil y luego se amplía al penal. Y así se mantuvo durante largo tiempo.

Pero esta parte procesal se extiende y aplica paulatinamente a las demás partes del ordenamiento, pero no al área constitucional, básicamente porque la Constitución, en el ordenamiento europeo del siglo XIX, era considerada como una herramienta política y no como una arma jurídica. La Constitución como concepto jurídico fue una creación del constitucionalismo estadounidense que se concretó o, mejor dicho, empezó a fijarse desde principios del siglo XIX, a través de una numerosa jurisprudencia que se inicia con el famoso caso de 1803, *Marbury vs. Madison*. Pero que se afirmará paulatinamente, sobre todo después de la guerra civil (1861-1865) y nuevamente a partir de la tercera década del siglo XX. Pero curiosamente, en el mundo estadounidense en donde la Constitución tiene un connotado valor jurídico, se utilizan instrumentos judiciales comunes para defenderla, pero nadie piensa que ellos deben ser materia de una disciplina procesal específica, sino que se asume que se da en cada caso, en cada materia, ante cada juez y bajo cualquier legislación cuando así se presente, debidamente ordenado y sistematizado por el sistema del precedente.

En el mundo romanista, por el contrario, se da un curioso fenómeno: en la América Latina se incorporan instrumentos protectores desde 1830 (*habeas corpus* en el Brasil) y 1841 (amparo en México) al que le siguen otros en las décadas siguientes. Pero todo esto se considera como parte de los ordenamientos procesales existentes, a tal extremo que hasta hace pocas décadas los procesos de amparo o de *ha-*

habeas corpus, por sólo poner dos ejemplos, se ventilaban en las legislaciones procesales civiles o penales sin ningún problema. Y todavía en varios países (Bolivia, Brasil, Paraguay, Panamá, República Dominicana, etcétera) se mantienen en situación similar.

Al mismo tiempo, el continente europeo ignoraba este tipo de controles, y por tanto, si bien desarrolló la temática procesal, no se atrevió a extenderla a los temas constitucionales, lo que con vacilaciones y un poco a tuestas, se hizo sólo en los años veinte del siglo pasado. Es en esta época que se empieza a hablar de control de constitucionalidad de las leyes, y existe un intenso debate que se da en la comunidad jurídica francesa y alemana, y en menor grado en la española.

Ahora bien, para designar tales experiencias se utilizaron muchos nombres, pero básicamente, control constitucional, defensa constitucional y jurisdicción o justicia constitucional.

Y es a partir de entonces que ese nuevo campo va enriqueciéndose, pero avanza en forma muy lenta en el periodo de entreguerras, pero explosivamente después de la Segunda Guerra Mundial.

Y por lo mismo que son experiencias que nacen tardíamente y en contextos históricos distintos, es que asumen diversos nombres y son pocos los que atinan a ubicarla y darle un nombre adecuado.

Estas dudas subsisten hasta ahora, y en gran parte han determinado que, existiendo un consenso en algunos aspectos básicos, vemos un desacuerdo en los demás y encontremos sólidos argumentos para defender tesis contrapuestas.

Estas líneas no pretenden zanjar un problema que existe desde hace algunas décadas, sino más bien señalarlo y con las debidas precauciones, llamar la atención sobre la importancia que ello tiene y la necesidad de que cada uno contribuya, modestamente y desde sus propias posiciones, a su esclarecimiento.

Las perplejidades no van a cesar. Pero podemos avanzar un paso en la dirección que apunta a superarlas. Las presentes líneas están animadas de ese propósito.

II. EL DEBATE EN TORNO AL NOMBRE

Cuando se empieza a discutir el tema del control constitucional, se utilizan, como he señalado, varios nombres. En la comunidad alema-

na se empleaba el de “jurisdicción estatal”, pero luego, sobre todo por influencia de Kelsen, se hablará de “jurisdicción constitucional” que es el que éste prefiere. Y así figura en el texto alemán de la ponencia que presenta en Viena en abril de 1928. Sin embargo, la versión francesa de su ponencia, publicada en Francia en 1928, utiliza indistintamente y como si fuesen sinónimos los conceptos “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”, que es una licencia que se tomó el traductor (Ch. Eisenmann), pues para el pensamiento positivista de Kelsen, la “justicia” es básicamente un término valorativo, axiológico y sin vinculación alguna con la aplicación de las leyes o de la Constitución. Y en el mismo sentido se pronunciaron algunos de los juristas franceses que intervinieron en el debate de aquellos años. Más bien es Charles Eisenmann, discípulo de Kelsen y el que tuvo a su cargo la publicación de su ensayo en francés, el que utiliza extensamente el concepto de “justicia constitucional” en la tesis doctoral que publica en París en 1928, con prólogo del mismo Kelsen.¹

Por tanto, el término, muy francés, es hechura ajena y no pertenece a Kelsen. La idea de Kelsen es de que estamos ante una “jurisdicción constitucional”, esto es, un decir el derecho en sentido de vigilancia o control constitucional y referido básicamente a las leyes. Y con este título quería significar el conjunto de problemas que su concepto abarcaba y que en cuanto tal se encontraba confiado al Tribunal Constitucional, del cual Kelsen era magistrado en aquel entonces.

Con el tiempo, el término “jurisdicción constitucional” se amplió y empezó a tomar el nombre genérico de una disciplina, y así se ha utilizado en muchos ambientes académicos. Sin embargo, hoy en día en varios países, sobre todo en Francia y en Italia, se emplea el término “justicia constitucional” como el abarcador de lo que hacen los respectivos órganos de control constitucional (el Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional italiana).

De todos los rótulos que sirven para fijar el contenido de la materia que nos ocupa, los que más uso han tenido en las últimas décadas son los de “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”.

¹ Cfr. *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, LGDJ, 1928 (hay reimpresión facsimilar en *Économica*, 1986).

Desde mi personal punto de vista, ambos deben ser considerados como términos precientíficos, o sea, utilizables antes de que se iniciase o fortaleciese la ciencia procesal, pero no ahora. En todo caso, el término “justicia constitucional”, si bien puede ser impactante en su formulación y por su carácter suasorio, debería llevarnos, para ser debidamente consecuentes, a hablar de “justicia civil” o “justicia penal”, en lugar de “proceso civil” y “proceso penal”, respectivamente. Pero esto no se ha hecho. Nos queda una especie de rémora en la utilización de la palabra “justicia”, pero ella debe quedar fuera del mundo jurídico, pues es un concepto o dato metapositivo y perteneciente a la filosofía del derecho, que la considera como uno de los fines del derecho en cuanto orden social.

Distinto es el caso del concepto “jurisdicción constitucional”. Apunta más bien a algo concreto que se realiza aquí y ahora, y por tanto se entiende. Aun más, si con ello queremos expresarnos en términos editoriales, académicos o convencionales, no veo ningún inconveniente en usarlo, pues a la larga sabemos a que nos referimos.

Pero da la casualidad que todos los que hablan de “justicia” o “jurisdicción constitucional” se refieren a procesos de orden constitucional, aun cuando a veces no los llamen así o utilicen otros nombres similares. Dicho en otras palabras, tratan de contenciosos que afectan, rozan o resuelven problemas constitucionales. Por tanto, lo primero que debemos tener en cuenta es esto, para saber a qué atenernos.

III. ¿QUÉ TIPO DE JURISDICCIÓN?

Quizá la pregunta pueda parecer ociosa, pero no lo es. En efecto, hoy es evidente que la jurisdicción que se ejerce en estos casos es la jurisdicción ordinaria, que es concretada y desarrollada a través de un proceso, si bien *sui géneris* y que termina en una sentencia. O sea, estamos ante una jurisdicción contenciosa. Y así entendemos que sea. Pero no siempre se ha pensado así.

Por un lado, en algunas legislaciones procesales constitucionales se incluyen procesos que no son contenciosos o peor aun, no son procesos, como es el caso de los procedimientos ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, que se acostumbra incluir como parte del derecho procesal constitucional por los juristas mexica-

nos, no obstante que se trata de un órgano administrativo de carácter persuasivo. Pero en puridad, la jurisdicción constitucional o derecho procesal constitucional debería incluir únicamente procesos de carácter contencioso. O en todo caso, constituir éstos el corpus central y mayoritario de la disciplina.

Pero en sus inicios, la tesis de Kelsen fue totalmente distinta. En su famoso ensayo de 1928, Kelsen señala que el Tribunal Constitucional austriaco ejercía una jurisdicción de carácter político: esto es, el Tribunal Constitucional era en puridad un órgano de naturaleza legislativa que simplemente servía para corregir los excesos del legislador ordinario al que en cierto sentido controlaba. Así, mientras éste daba leyes, o sea, creaba el derecho, el Tribunal Constitucional, al conocer los excesos, los eliminaba y era una suerte de legislador negativo. Este punto de vista no lo modificó posteriormente, no obstante que tuvo a la mano la experiencia jurídica estadounidense que conoció muy de cerca, cuando se trasladó a vivir a los Estados Unidos en 1940, y en donde permanecería hasta su muerte acaecida en 1973.

Por otro lado, uno de los máximos diseñadores de nuestra disciplina, Mauro Cappelletti, se inclinó desde un principio por usar indistintamente los términos jurisdicción o justicia constitucional —con una excepción— y además sostuvo que la jurisdicción constitucional era una especie de jurisdicción voluntaria, y en este punto otros juristas notables coincidieron con él, como es el caso de Calamandrei.²

Todo esto explica por qué la disciplina, no obstante haber avanzado grandemente en el campo de la dogmática y en el estudio de determinados institutos procesales, no ha fijado adecuadamente su fundamentación teórica y su derecho a ser considerada como ciencia autónoma (si bien por autonomía signifiquemos objeto de estudio propio, con sus peculiaridades, pero ubicado dentro de un sector del mundo jurídico).

IV. EL DEBATE EN TORNO AL CONTENIDO

Lo que interesa sobre todo, para poder avanzar, es saber de qué contenidos estamos hablando. Esto es, si revisamos los manuales, los

² Véase de Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1955, pp. 111 y ss.; hay reimpresiones y traducción castellana.

textos o monografías sobre los temas antes referidos y que usan el membrete de “justicia” o “jurisdicción constitucional”, vemos de inmediato que en ellos se apunta siempre a un problema que alguien resuelve. Esto es, existe un contencioso o una litis, para emplear la terminología de Carnelutti, que puede ser de carácter público, privado o social —y aquí ampliamos el concepto algo estrecho que al respecto usó Carnelutti— y sobre el cual hay que buscar su “justa composición”. Es decir, resolver una pretensión o incertidumbre, que es lo que origina la litis y a través de alguien debidamente facultado para hacerlo.

Por tanto, el conflicto o contencioso surgido alrededor de un punto determinado debe ser resuelto. Y esto se hace siguiendo determinados pasos ante la autoridad investida de jurisdicción, que es la forma moderna de resolver los conflictos —de cualquier orden— al interior de la sociedad. Por tanto, y como quiera que los que utilizan la voz “justicia” lo hacen relacionándolo siempre con un modelo de solución de conflictos, es inevitable pensar que están ante una jurisdicción que luego de seguir ciertos pasos —hay una teleología latente— concluye en una decisión que lo da por resuelto.

Pues bien, lo que aquí se hace es nada menos que un proceso en sentido moderno, pues no hay otra forma de resolverlo que no sea de esta manera. No es un procedimiento, pues todos estamos de acuerdo en que por procedimiento se consideran los pasos relacionados entre sí y que despliegan o hacen posible cierta actividad sin llegar a una solución definitiva. Y que generalmente se llevan ante autoridades que no están investidas de poder jurisdiccional, sino en todo caso, administrativo.

Por tanto, cualquiera de sus denominaciones, aun las más tradicionales, nos llevan a la conclusión de que estamos ante procesos que si tratan asuntos constitucionales deben ser llamados procesos constitucionales. De no ser así, serían procesos civiles, penales, administrativos, laborales, etcétera, que sin lugar a dudas no constituye per se una defensa jurisdiccional de la Constitución.

V. EL DEBATE SOBRE SU UBICACIÓN

Llegado a este punto tenemos una primera conclusión: estamos ante procesos de orden constitucional y no de orden civil o penal. Por tanto, estamos ante procesos constitucionales.

Pues bien, si esto lo aceptamos ¿en dónde nos ubicamos dentro del mundo del derecho? Todos sabemos que el derecho en cuanto disciplina es uno solo, es una unidad, pero que por razones de comodidad y mejor estudio, se le divide en áreas, unas sustantivas y otras instrumentales. Estas últimas son conocidas como procesales, pues engloban a todo el proceso en su multitud de manifestaciones.

Y ante ello sólo nos cabe hacer la siguiente pregunta: ¿dónde ubicamos estos procesos constitucionales?

Una primera respuesta sería decir que el proceso constitucional, por razón de la materia, pertenece en realidad al derecho constitucional. Con ese mismo criterio, el proceso civil pertenecería al derecho civil, lo cual, hasta donde yo sepa, nadie postula en la actualidad.

Por tanto, decir que un proceso —o si se quiere procedimiento— pertenece a un derecho sustantivo porque contribuye a su realización, significa retroceder en cien años y volver a posturas sostenidas en el siglo XIX y principios del siglo XX por la doctrina jurídica.³ Pero ¿cómo mezclar aspectos sustantivos con aspectos de tramitación, o mejor, procesal? Divididas las disciplinas jurídicas hace más de cien años, incluso al interior de ellas mismas, no se puede retroceder por razones obvias ni menos negar a la “acción” como institución con especificidad propia.

Otras tesis sostienen que en realidad sería una figura mixta, porque goza y aprovecha de ambos sectores, tanto el procesal como el constitucional, o sea, tanto el instrumental como el sustantivo. Y efectivamente, para manejar un proceso constitucional hay que conocer el derecho sustantivo o constitucional al cual sirve, y en tal sentido, en el ejercicio profesional se presenta una cierta mixtura, pero eso no significa que no puedan deslindarse sus campos desde un punto de

³ Véase, por ejemplo, Coviello, Nicola, *Manuale di diritto civile italiano*, 4a. ed., L. Coviello (ed.), Milán, Soc. Ed. L., 1924, hay traducción castellana, quien incorpora los procesos civiles como parte del derecho civil.

vista teórico. Así, si tenemos la figura de una obligación no cumplida regida por el derecho civil, tendremos que recurrir a un proceso civil (de conocimiento, de ejecución, etcétera) para poder obtener una compensación o realización de nuestra pretensión. Pero nadie ha pensado que el proceso civil sea mixto porque necesita el manejo de ambas disciplinas, por más que exista un acercamiento entre ambas y se reclamen mutuamente.

Por otro lado, existiendo ya un derecho procesal hace más de cien años, la pregunta es ¿por qué no incorporarlo al derecho procesal, dando nacimiento así a una nueva disciplina que sería el derecho procesal constitucional como algo netamente procesal? Esto es lo que han hecho muchos, pero queda un número muy respetable de juristas que no han dado este paso audaz.

VI. SOBRE EL PROCESO CONSTITUCIONAL

Si aceptamos que el derecho procesal constitucional es derecho procesal y no otra cosa, no acaban aquí los problemas. Sabemos que la disciplina se apoya en ese famoso trípode al que se refiere Alcalá-Zamora y Castillo, que es la acción, la jurisdicción y el proceso.

La acción es, como se sabe, algo abstracto que significa la facultad-poder de pretender algo. Y ella da origen a un derecho fundamental, que es el acceso a la justicia, y que constituye el supuesto del mundo procesal.

La otra es la jurisdicción, sobre la cual hemos dicho ya algo. Esto es, la función estatal o atributo del Estado (facultad-deber) que permite componer la “litis constitucional”, entendida en sentido amplio. Pero la jurisdicción no sólo tiene que ver con el modelo que se acepta para esa composición de la litis, sino con la estructura jurisdiccional que existe detrás, en especial el Poder Judicial y las cortes o tribunales constitucionales, en donde los hay. Esta es toda una problemática que incluye la magistratura constitucional, que puede a su vez estar conformada de diversas maneras.

Ahora bien, pese a las críticas que ha recibido (Montero Aroca y su escuela), el proceso sin ser único, sigue siendo la figura central en la doctrina procesal. Y esto es lo que ha causado más problemas de los que habitualmente se presentan, y que precisamente han dificulta-

do el avance de la doctrina. Y sucede así pues se ha partido del proceso civil, para luego extenderlo a los demás procesos, ocasionando problemas entre los cultores del proceso civil y los del proceso penal.⁴

Señalemos, pues, algunas de estas dificultades:

a) Desconocimiento del valor jurídico de la Constitución, sobre todo en el mundo europeo continental, concepción que se mantiene hasta mediados del siglo XX, en donde la situación empieza a cambiar lentamente.

b) Minusvalía del Poder Judicial —sobre todo en la Europa continental— que se aprecia en la desconfianza ante el juez, lo que se ha ido superando lentamente y hoy puede decirse que ha tramontado.

c) Desinterés de los procesalistas por abordar este tipo de problemas, que se mantiene hoy en día. Esto es, los procesalistas clásicos han sido básicamente especialistas en procesos civiles y en procesos penales y no se han atrevido (o animado) a hacer nada más. Luego nació, avanzado el siglo XX, el proceso administrativo y los especialistas en el área. Para no referirnos sino al mundo hispano, un libro sobre la materia adecuadamente fundamentado sólo lo encontramos en la obra cimera de Jesús González Pérez.⁵ Pero como decimos, revisando a los procesalistas contemporáneos, son raros y muy escasos los que consideran al proceso constitucional como una rama del derecho procesal.⁶

d) Peculiaridades del proceso constitucional que lo distinguen claramente de los demás procesos, y que crean un dolor de cabeza a los procesalistas formados bajo la óptica procesal clásica, y que pueden presentar, enunciativamente, las siguientes notas distintivas, si bien no son absolutas:

⁴ Así, por ejemplo, Eugenio Florián y luego V. Manzini piensan que son distintos el proceso civil y el penal; por otro lado, Carnelutti, sostenedor de la tesis de la unidad del proceso, se encontró con serias dificultades al incursionar en el proceso penal, como lo demuestran sus *Lecciones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, EJE, 1950, t. I.

⁵ Cfr. su *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., pról. de Jaime Guasp, Madrid, IEP, 1964-1967, 3 ts. (1a. ed. de 1955-1958).

⁶ La monumental y valiosísima obra de Lino Enrique Palacio sólo acierta a dar validez a los procesos civiles y a los procesos penales, cfr. *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. I, pp. 20-29; y algunos, como Jorge A. Clariá Olmedo, niegan incluso la existencia de otros procesos distintos a los civiles y penales, cfr. *Derecho procesal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, t. I, pp. 38-41.

Procesos sin pruebas, o en todo caso, que no necesitan actuación.

Procesos de corta duración, muchas veces con urgencia en la tutela.

Procesos restitutorios plenos.

Procesos que desconocen o anulan sentencias judiciales y actos legislativos del Parlamento.

Procesos sin partes (aun cuando esto tiende a matizarse o a ser reformulado).

VII. SIGUE EL PROCESO CONSTITUCIONAL

La peculiaridad de los procesos constitucionales es quizá lo que más ha contribuido a su falta de aceptación o a su escasa teorización. En efecto:

- a) Los procesos constitucionales cambian según los países.
- b) Los procesos constitucionales varían según las políticas legislativas.
- c) Los procesos constitucionales tienen fundamentos diversos, pues:
 - 1) Tienen estructuras que cambian de país a país, y muchas veces en un mismo país en épocas sucesivas;
 - 2) Dependen de una Constitución o de un determinado concepto de Constitución;
 - 3) Muchas veces no existen nítidamente separados de los demás procesos y actúan en vía subsidiaria.

En los ámbitos procesales civiles y penales podemos encontrar muchas cosas en común. Pero ¿qué puede encontrarse en común con los procesos constitucionales, y que en cierto sentido los distinguen?

Veamos algunos problemas:

- a) Las figuras procesales constitucionales, aun siendo hipotéticamente similares, no tienen siempre el mismo nombre: el recurso de protección en Chile, la tutela en Colombia, el mandato de seguridad en el Brasil y el amparo argentino sirven básicamente para lo mismo, aunque tienen nombres distintos.
- b) El *iter* procesal de los procesos constitucionales varía según las legislaciones y según exista o no una Corte o Tribunal constitucional; incluso su configuración debe mucho a la tradición histórica de cada país.

c) Los procesos constitucionales pueden tener efectos más allá de las partes en cuestión, sea porque sirven como precedente, sea porque así lo establece la legislación.

d) La legitimación activa puede ser muy amplia, incluso para aquél que no tenga interés directo, si bien esto hoy está siendo utilizado también en otros ámbitos del proceso (intereses difusos).

e) El proceso constitucional puede obviar muchas formalidades, y el juez está encargado de salvarlas, pudiendo incluso prescindirse de abogados patrocinadores allí donde la defensa es cautiva.

f) La decisión de convertir en proceso constitucional a un determinado tópico es cambiante y sujeto a políticas legislativas.

g) Normalmente los procesos constitucionales se rigen por normas específicas, pero también se les aplican las normas procesales comunes y eventualmente se crean normas que son propias a sus necesidades, y el resto del ordenamiento le sirve de fuente supletoria, en la medida que no se oponga a los fines que el proceso persigue y guarde armonía con el resto del ordenamiento. En el extremo tenemos el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán, en donde debido a la incompletitud de la Ley del Tribunal, éste ha optado por crear jurisprudencialmente normas procedimentales para los casos concretos, dándole así cierta autonomía al proceso constitucional. Pero se trata en rigor de una “autonomía procedimental” que no siempre ha sido bien entendida, en parte por la imprecisión de ciertas traducciones.⁷

h) El principio de la cosa juzgada, tan característico en los procesos de carácter jurisdiccional, se encuentra relativizado en los procesos constitucionales y no constituye una nota distintiva de ellos. Por lo demás, este principio considerado intocable ha sufrido diversos cuestionamientos en la actualidad, en especial en su área preferida, el proceso civil, y existen diversos medios impugnatorios con sus correspondientes requisitos.⁸

i) La legislación procesal está dispersa y rara vez se encuentra unificada. De excepción es el Código Procesal Constitucional de Tucumán (1999) y el del Perú (2004), más comprensivo éste y además de

⁷ Cfr. Rodríguez Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003.

⁸ Cfr. Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata, Librería Editora Plátense, 2001.

carácter nacional, pues se aplica a todo el territorio y no únicamente a una de sus regiones.

j) La ausencia de codificación dificulta la concreción de la doctrina, como se ha visto de manera sobresaliente en el desarrollo histórico del derecho civil.

VIII. ¿DE QUÉ TRATAN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES?

De manera más o menos convencional, se acepta que los procesos constitucionales tratan sobre la protección de los derechos humanos y la defensa de la Constitución frente a actos o normas que la desconocen.

Estos serían, pues, los temas que tocan y corresponden a los procesos constitucionales y sobre ellos existe un cierto consenso en la doctrina. Pero no son todos, pues en los últimos años se han creado diversos procesos que se han adosado a la magistratura constitucional, creándose nuevas figuras procesales constitucionales, como es el caso patente del *habeas data*.

Ahora bien, la inclusión de un determinado tópico como un proceso constitucional depende sin lugar a dudas de una política legislativa o de un legislador constituyente. En efecto, ¿por qué no se hizo un amparo más preciso, evitando la creación del *habeas data*, que es un proceso constitucional construido desde la experiencia latinoamericana, si bien alimentado por doctrina estadounidense y europea sobre la reserva de los datos personales? ¿Qué criterio podemos tener, entonces, para ubicar a un proceso como constitucional y darle esa tipificación?

Uno que puede considerarse como característico, pero que no es definitivo, es su incorporación a la Constitución. En efecto, nuestras Constituciones se refieren a ellos en forma clara y definida, y luego viene la legislación de desarrollo que precisa el ámbito y su forma de aplicación. Así lo vemos en el *habeas corpus* y el amparo, que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas tienen consagración expresa. Sin embargo, sucede que a veces el proceso constitucional no está en la Constitución y tampoco en la ley, como es el caso del amparo argentino que fue creación pretoriana (1957-1958) confirma-

do legislativamente (1966) pero que sólo llegó a ser normado constitucionalmente en la reforma de 1994.⁹

El otro criterio es por la materia. Será constitucional aquel que defiende principios o valores que están en la Constitución. Pero aquí hay que distinguir lo constitucional *per se* de lo constitucional *per accidens*. Es decir, en principio, todo es constitucional y todo proceso es constitucional pues a la larga defiende la Constitución y tampoco puede desenvolverse al margen de sus principios. Pero en sentido estricto y en cuanto tal, debe considerarse constitucional sólo lo que es el aspecto esencial, principista y fundamental en relación con el resto del ordenamiento jurídico. Si, por ejemplo, se dispone el desvío de una determinada vía pública por razones de seguridad o de reparación, se está afectando, *grosso modo*, el derecho de libre tránsito, pero como consecuencia de un tercer factor: por lo tanto, es una afectación constitucional, pero lo será por accidente y como derivado, y no *per se*. No inmediato, sino mediato.

Lo que se trata es que el proceso constitucional lo sea por sus aspectos básicos, y sobre todo que sea residual con respecto al resto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, un padre que vive fuera del hogar y no brinda alimentos a sus hijos, está faltando a un deber elemental y a sus deberes constitucionales, y afecta a los derechos fundamentales de sus hijos, que son menores de edad. Sin embargo, para remediar esta situación no hay que ir a un proceso constitucional, sino a un proceso civil. Por tanto, debe ser consagrado como proceso constitucional lo que es residual al resto de los procesos o que por su vital importancia merezca un tratamiento especial o porque siendo especial no tenga una vía adecuada para su defensa (si bien esto es cada vez menos probable). Es decir, los procesos constitucionales no deben reemplazar a los procesos ordinarios (civiles, penales, etcétera) y deben actuar en situaciones excepcionales o para situaciones no previstas en el ordenamiento procesal ordinario o a los que por su importancia se les quiere dar un tratamiento especial. De no ser así, terminarían reemplazando a los demás procesos, creando más problemas de los que resuelve.

⁹ Cfr. Morello, Augusto M. y Vallefn, Carlos A., *El amparo, régimen procesal*, La Plata, Librería Editora Platense, 2004.

Tratándose de infracciones a la Constitución por parte de leyes y demás normas, estamos sin lugar a dudas frente a un típico caso de violación constitucional, que amerita la existencia de un proceso constitucional. No obstante, podría no serlo en el caso del llamado “control difuso”, que no constituye un proceso, sino una técnica de inaplicación como consecuencia de una violación a la jerarquía normativa y que realiza un juez debidamente investido con facultad jurisdiccional, en cualquier tipo de proceso.

No existe, pues, un criterio único para fijar o establecer qué es un proceso constitucional o cómo lo identificamos. Existe la tendencia a que éste sea fijado modernamente en las Constituciones, pero cuando esto no existe, debemos estar a lo dispuesto por la ley, que debe hacerlo bajo determinadas condiciones.

Y todo esto dentro de una inevitable política legislativa que depende generalmente de una política de Estado que se aplica en cada país. Existen figuras procesales afines, similares o copiadas de derechos extranjeros, pero al final todo depende de una opción política. Es decir, los problemas, las incertidumbres con relevancia jurídica deben ser resueltos por el orden procesal común (civil, penal, administrativo, etcétera), y dejar sólo unos cuantos temas o situaciones especiales a los procesos constitucionales, que deben ser resueltos en este tipo de procesos de manera excepcional (ya que el protector del ciudadano es esencialmente el Poder Judicial y los instrumentos procesales comunes). Y esto a la larga lo define una opción política expresada en una norma, preferentemente constitucional.

Pueden darse además otras situaciones:

Un proceso constitucional que haya nacido en la ley, pero que a diferencia de los demás procesos que están consagrados en la Constitución, no está incluido en ésta.

Otro caso puede ser el de procesos constitucionales que están considerados en la Constitución como tales, pero que en pureza no merecen ese nombre. Es la situación del proceso de cumplimiento contenido en la Constitución peruana de 1993, que sirve para solicitar el cumplimiento de una ley y de un acto administrativo y que por su amplio espectro puede cubrir cualquier cosa. Estaríamos aquí sin lugar a dudas —pues

la normativa debe aceptarse— ante un *proceso constitucional impropio* o si se quiere a un *proceso constitucionalizado*.

El hecho de que un proceso cualquiera esté consagrado expresamente en la Constitución, no significa por eso que sea un proceso constitucional. Así, muchas Constituciones incorporan o definen literalmente el llamado proceso contencioso-administrativo. Pero esta ubicación no lo hace per se un proceso constitucional, pues es, como fácilmente se advierte, un proceso administrativo. Y como tal es desarrollado por una legislación específica.

IX. ¿ES CRITERIO SUFICIENTE PARA IDENTIFICAR
A UN PROCESO CONSTITUCIONAL EL HECHO DE QUE SEA
RESUELTO POR UN ÓRGANO ESPECIAL?

En 1930, Franz Jerusalem afirmó que para que exista jurisdicción constitucional era necesario un órgano calificado, y en tal sentido sostenía que en los Estados Unidos no existía una verdadera jurisdicción constitucional, pues lo que calificaba a ésta era la existencia de un órgano ad hoc. Esta tesis fue difundida en su momento por Alcalá-Zamora y Castillo, y aceptada por muchos estudiosos, sosteniéndose que la existencia de la jurisdicción constitucional en sentido amplio —y entiendo que eso incluye para estos fines la existencia de un proceso constitucional— requería un órgano especial para esos fines. Por tanto, de esta tesis se desprende ineludiblemente la afirmación de que son procesos constitucionales los que ve un órgano ad hoc, o sea una Corte o Tribunal constitucional. Si bien este planteo no ha logrado imponerse, indudablemente ha flotado sobre el ambiente y ha encandilado a muchos, y además representa un punto de vista importante, sobre todo en los países de modelo concentrado como son los europeos, en donde los procesos constitucionales, en puridad, son resueltos tan sólo por la Corte o Tribunal constitucional. En ese sentido, es muy fácil concluir que son procesos constitucionales los que resuelve un Tribunal constitucional. Y en cierto sentido, es un criterio útil.

Sin embargo, los años transcurridos han demostrado otra cosa: que, como consecuencia de la judicialización de la política, se han

adosado a los tribunales constitucionales competencias que nada tienen de constitucionales y a veces tampoco son procesos. Un avance de esto lo representa el Tribunal de Garantías Constitucionales creado por la segunda República española en 1931, que entre sus competencias tenía la de actuar como jurisdicción electoral, así como en el juzgamiento de altos funcionarios del Estado. El actual Tribunal Constitucional Federal alemán tiene, entre otras competencias, la de ser tribunal electoral; la Corte Constitucional italiana, por ejemplo, es la encargada del procesamiento penal contra el presidente de la República, la admisión de los referendos abrogatorios, etcétera. Y también se consideran el control de los partidos políticos, la suspensión de los derechos constitucionales, el conocimiento de los impedimentos del jefe de Estado, el asesoramiento a otros órganos del Estado, la revisión de tratados internacionales, entre otras funciones, no siempre contenciosas.¹⁰

Por tanto, hoy en día no puede decirse que la jurisdicción constitucional o los procesos constitucionales son lo que ven, tramitan y resuelven las cortes o tribunales constitucionales, pues estos han recibido una carga tal de competencias en los últimos años, que excede cualquier previsión, pues conocen y resuelven asuntos de los más variados. Aun más, cuando por ejemplo la Corte Constitucional italiana enjuicia al presidente de la República —lo que estuvo a punto de hacer con el presidente Leone, pero que no ha hecho hasta ahora— recurre al proceso penal, es decir, no se sigue ante ella un proceso constitucional sino un proceso penal, que dicho sea de paso no es de uso privativo de la Corte Constitucional, sino en general de los jueces.

Por tanto, es proceso constitucional aquel que lo es acorde con su naturaleza, y además el legislador le da tal categoría, con independencia al hecho de que sean los jueces ordinarios los que lo resuelvan o la magistratura especializada de un tribunal ad hoc.

¹⁰ Cfr. Baldin, Serena, *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali*, Edizione Università di Trieste, 2000; Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002.

X. EL DESINTERÉS DE LOS PROCESALISTAS

Aspecto importante que explica el escaso y frágil desarrollo del derecho procesal constitucional radica en el desinterés que en términos generales han mostrado los procesalistas. Ninguno de los grandes procesalistas del siglo XX se ha preocupado de modo consistente y continuado en el tema.¹¹

Es significativo el caso de Italia. Desde muy temprano, los procesalistas se hicieron cargo de estudiar la novedad procesal que significaba la introducción de la Corte Constitucional en la recién aprobada Carta de 1947, y así lo atestiguan diversos ensayos de la época,¹² así como el ensayo de Calamandrei del mismo año *La illegittimità delle leggi nel processo civile* (del que hay traducción castellana). Y así fue durante un tiempo, lo cual se encuentra sobradamente representado en la obra, no muy extensa pero no por ello menos sólida, de Mauro Cappelletti, de tanta influencia en nuestros países, gracias a su difusión desde México y a las visitas que hizo a varios de ellos (México, Colombia, Argentina, Perú). Y por cierto, a los atisbos creadores de Alcalá-Zamora y Castillo, y a la larga como provechosa dedicación que le ha prestado durante décadas Héctor Fix-Zamudio.

Pero en Italia pasó algo muy curioso: objeto de atención y desvelo de los procesalistas, en un principio, con los años los constitucionalistas se adueñaron de la problemática y se han hecho cargo de ella, con solvencia sin lugar a dudas, pero a veces con carencias procesales, lo que ha complicado el panorama.

Los procesalistas italianos conocen y se refieren a veces al derecho procesal constitucional, pero a él no dedican sus esfuerzos teóricos de fundamentación. Lo mismo puede decirse de nuestros países. Por cierto que hay excepciones, como es el caso en España de José Alma-

¹¹ Como muestra, *cf.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965*, México, UNAM, 1968.

¹² Véase Andrioli, Virgilio, "Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi", en varios autores, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile* (30-09 al 3-10-1950), Bolonia, CEDAM, 1953, y en donde interviene Carnelutti con algunas reflexiones interesantes.

gro Nosete,¹³ Jesús González Pérez¹⁴ y Víctor Fairén Guillén.¹⁵ Pero no es mucho. E igual ocurre en la América Latina. Hay desinterés, pero algunos le han prestado atención, sea auspiciando eventos o publicaciones (Adolfo A. Rivas, Julio B. J. Maier) o tocando temas vinculados, como Augusto M. Morello.¹⁶ Y en México podemos apreciar lo mismo, sobre todo en las nuevas generaciones, como es el caso de José Ovalle Favela.¹⁷ Y antes de él las incursiones, algo marginales, de Cipriano Gómez Lara.

XI. PALOS DE CIEGO

El problema antes visto, esto es, el desinterés de los procesalistas —en forma mayoritaria— por la temática procesal constitucional, ha ocasionado la captura de la disciplina por parte de los constitucionalistas. Y así vemos en muchos países que son preferentemente los constitucionalistas quienes se han dedicado a estudiar los temas de control de constitucionalidad, amparo, *habeas corpus*, entre otros (España, Francia, Italia, Brasil, Argentina, etcétera). Y como esa es la realidad que tenemos y la que hay que afrontar, debemos analizarla y comprenderla para poder avanzar. Pero lamentablemente, por esas razones de especialización que tanto se ve hoy día, los constitucionalistas que estudian este tópico, rara vez se dan cuenta de la necesidad de utilizar instrumentos procesales que en rigor no pertenecen a su ciencia, sino a otra, que es el derecho procesal. Y es que, como he señalado anteriormente, el manejo adecuado del derecho procesal constitucional y sus temas sólo es posible cuando se conocen ambas disciplinas, pues de lo contrario se tiene una visión unilateral. Así como el procesalista civil tiene que saber derecho civil para llevar a cabo y a buen término un proceso civil, el procesalista constitucional

¹³ *Cfr. Justicia constitucional*, Madrid, 1980 y *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984.

¹⁴ *Cfr. Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

¹⁵ *Cfr. Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, 1983-1992, 3 ts.

¹⁶ *Constitución y proceso*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1998.

¹⁷ *Cfr. Teoría general del proceso*, 5a. ed., México, Oxford, 2003, entre otras publicaciones.

tiene que saber no sólo procesal, sino también constitucional. No se trata de tener un conocimiento exhaustivo o erudito de la disciplina, sino razonable para poder hacer esa operación.

Pero cuando los constitucionalistas abordan temas procesales constitucionales con poca o ninguna formación procesal como vemos con frecuencia, se parecen a los palos que da un ciego al sentirse rodeado o atacado: empuña el palo muy firmemente, apoya sobre él toda su fuerza y empieza a descargar palazos a diestra y siniestra, con la probabilidad de que como no ve nada o muy poco, acierte en algunos golpes y falle en otros o en la gran mayoría. Nadie puede negar el ímpetu y el vigor con que se emprende la defensa, pero sin lugar a dudas no es un método ideal para efectuarla. Hay que felicitarnos de los aciertos que de esa manera se consiguen, pero como método de abordaje no es el más recomendable. No queda, pues, más alternativa que mientras este desinterés de la comunidad procesal subsista, los constitucionalistas hagan sus mejores esfuerzos para suplir este vacío. Lo que felizmente se ha visto en varios casos. Y que como solución alternativa y en todo caso temporal, presenta grandes atractivos.

XII. ¿EXISTE UN DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL?

Una de las más sugerentes tesis formuladas por Héctor Fix-Zamudio, a inicios de la década de los setenta, es que existe al lado del derecho procesal constitucional un “derecho constitucional procesal”. La presentación de esta dupla desconcierta a primera vista, y parecería ser que no tiene ningún sentido. Sin embargo, la argumentación tiene su punto de partida en los estudios de Eduardo J. Couture en torno a la relación cercana y fundamental entre el proceso civil y la Constitución, o mejor aun, entre el proceso y la Constitución. De acuerdo con este autor, el proceso tiene su fundamento en determinados principios, instituciones o categorías que están en la Constitución y por tanto consagrados en ella, con lo cual opera una suerte de legitimación. Esto es fruto de la paulatina constitucionalización de los principios del ordenamiento jurídico que nace tímidamente en la primera posguerra y se acentúa en la segunda posguerra. Es decir, los principios del derecho penal, del derecho civil, del derecho financiero, del derecho internacional, ya no se dejan al azar o al desarrollo

legislativo, sino que se encorsetan dentro del marco de una Constitución que ya no se reduce a la parte dogmática y a la orgánica como era antes, sino que los textos, aun cuando sean breves, alcanzan a tocar nuevos aspectos que antes no se consideraban necesarios.

Indudablemente, este hecho es algo contundente que no puede ser negado y hay muchos que han utilizado esta nomenclatura: así Mirkin-Guetzévich ha estudiado el “derecho constitucional internacional”, que no es otra cosa que el derecho internacional debidamente recibido en las Constituciones como fruto de lo que él denominó como “racionalización del poder”. Y en fecha más reciente y sólo a guisa de ejemplo, Víctor Uckmar,¹⁸ que estudia las normas y principios tributarios que se encuentran en los textos constitucionales. Y Guillermo Cabanellas y E. Pérez Botija,¹⁹ que desarrollan los aspectos laborales en las Constituciones modernas.

Y si esta lógica la hacemos extensiva, podríamos perfectamente tener otras nuevas disciplinas, como:

- a) Derecho constitucional comercial: o sea, los principios del comercio interior y exterior que figuran en las Constituciones.
- b) Derecho constitucional financiero; los principios del derecho financiero en las Constituciones.
- c) Derecho constitucional civil.
- d) Derecho constitucional penal.
- e) Derecho constitucional administrativo.
- f) Derecho constitucional minero.

Y así sucesivamente.

Ahora bien, como actualmente las Constituciones modernas —y lo son casi todas las actualmente existentes, pues la mayoría de las vigentes han sido sancionadas con posterioridad a 1960— consagran los principios básicos de cada ordenamiento, todo ello originaría ramas del derecho constitucional dedicadas a una especial disciplina jurídica en la medida que han recibido sus fundamentos, con lo cual terminamos duplicando todas las disciplinas jurídicas en forma innecesaria.

¹⁸ *Princípios comuns de direito constitucional tributário*, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1976.

¹⁹ *Derecho constitucional laboral*, Madrid, Tecnos, 1958 (extractado de un homenaje a Pérez Serrano).

Veamos, por ejemplo, el caso hipotético del “derecho constitucional penal”: estudia los principios básicos de esta disciplina en el ámbito constitucional y puede dar origen a un curso, a un manual y quizá a una especialidad. Pero quien estudia en la universidad este curso, y lleve luego el curso de derecho penal, parte general, verá que aquí estudia lo que ya estudió antes. En el mismo sentido, el “derecho constitucional procesal” estudiará una serie de principios e instituciones que ya están estudiados en el derecho constitucional o en el derecho procesal general o teoría del derecho procesal.

Vistas así las cosas, la existencia de una disciplina denominada “derecho constitucional procesal” no se sostiene, a la larga termina destruyéndose a sí misma y no explica nada, y más bien abulta cualquier currículo universitario que se tome en serio esta propuesta. Aun más, no tiene suficiente peso epistemológico como para poder mantenerse como tal.

Sin embargo, si admitidas estas dificultades se pretende sostenerla por razones de conveniencia curricular o para facilitar su estudio, no creo que exista impedimento alguno para que se mantenga, pero bajo la reserva aludida. Y como fruto de una convención.

En otras palabras: lo que dicen los sostenedores de la tesis es correcto. Los hechos que denotan son exactos y existen. Pero ello no es suficiente para crear una nueva rama del derecho dentro de nuestro universo jurídico.

XIII. ¿DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL?

Una de las grandes contribuciones de Cappelletti fue señalar, desde su óptica, la existencia de una justicia o jurisdicción constitucional supranacional, lo que ha hecho en fecha relativamente tardía, si la comparamos con sus primeras contribuciones. A ella se han adherido varios cultores de la disciplina y así ha prosperado en algunos textos de doctrina. Pero creo que conviene no olvidar la separación que debemos hacer entre las instituciones de carácter supranacional dedicadas a la defensa de los derechos fundamentales —que es la que más desarrollo ha tenido— con la existencia de una disciplina dedicada a explicarla.

Para tales efectos debemos tener presente que la jurisdicción es un atributo o poder del Estado, que a su vez se distribuye en diversos órganos encargados de su ejercicio, y generalmente de alcance territorial. Pero también puede radicar en órganos internacionales que sin depender de un Estado tengan esa jurisdicción por habérselas atribuido otros Estados a través de un tratado, que es por ahora la única manera de hacerlo, ya que la existencia de un Estado mundial es una utopía. Aun a nivel regional, tampoco cabe hablar de Estados, pues el mayor intento hecho en esa línea, que es la Unión Europea, no ha logrado constituirlo y al parecer no lo hará por mucho tiempo, pues el lento e ilusionado proceso de hacer una “Constitución europea” ha quedado congelado por ahora.

Aun más, las Constituciones corresponden a un determinado territorio bajo el control de un Estado. Dicho en otros términos, las Constituciones tocan y corresponden a los Estados actuales. La llamada “Constitución europea” no tiene de Constitución más que el nombre, demasiado ambicioso por cierto, y que en puridad es un tratado de unión entre los Estados europeos para avanzar en sus objetivos. No existe pues en rigor una Constitución europea y es posible que nunca exista.²⁰

Por lo tanto, una jurisdicción constitucional supranacional o, mejor aun, un derecho procesal constitucional transnacional es una contradicción en sus términos. Ya que las Constituciones son propias de los Estados y un Estado mundial o regional no existe en los actuales momentos. Lo que no impide reconocer la existencia de una jurisdicción internacional en determinadas materias, en especial de protección de los derechos humanos, precisamente en virtud de tratados firmados por los Estados.

Y como consecuencia de lo anterior se desprende que, en puridad, cuando nos remitimos a la esfera supranacional, estamos ante un *derecho procesal internacional* que se da en varias materias y modalidades. Esto es claro en el ámbito del derecho comercial en donde existen procesos que tienen el carácter internacional, básicamente entre los

²⁰ Por lo menos mientras los separen las concepciones religiosas, políticas, así como las tradiciones históricas, en especial el uso de tantas lenguas que en total de 21 son consideradas como oficiales de la Unión Europea; *cfr.* Ziller, Jacques, *La nuova Costituzione europea*, Bolonia, Il Mulino, 2004.

Estados y más recientemente entre particulares. Y esto ante órganos jurisdiccionales internacionales creados con ese fin. Y ante ellos se llevan procesos que son internacionales —por deducción elemental— y que tienen diversos contenidos. Existe el proceso internacional comercial, el proceso internacional penal (con el reciente Estatuto de Roma) y existe el derecho procesal internacional de los derechos humanos.

Esto es, cuando la protección sale del ámbito estatal, no podemos seguir usando el membrete “constitucional” pues esto está referido a una Constitución y a un Estado determinado. Por el contrario, aquí estamos en el ámbito supraestatal, que es distinto, en donde hay un derecho procesal supranacional o internacional, que todavía está en embrión. Muestra de ellos es, en nuestra área, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, compuesta por jueces que tienen competencia frente a los Estados que expresamente se han sometido a ella, y que tiene su propio proceso adecuado a las instituciones existentes.

En consecuencia, el derecho procesal constitucional debe quedar —por lo menos en las actuales circunstancias— dentro del ámbito geográfico de los Estados. Fuera de éste, existe el proceso internacional que puede afectar o desarrollar diversas materias, acorde con los intereses de los Estados o de la comunidad internacional y de conformidad con los tratados suscritos entre ellos. Y esto sin mencionar los arbitrajes internacionales contenidos en diversos tratados, referidos sobre todo a inversiones o aspectos comerciales y ante organismos que resuelven los problemas que se les plantean y que han sido creados de común acuerdo por los Estados (CIADI, etcétera). Y que muchas veces son revisiones de lo que previamente ha sido resuelto en las jurisdicciones domésticas. Y todo ello dentro de lo que el derecho internacional conoce como solución pacífica de controversias.

Finalmente, hay que tener presente que el derecho procesal internacional no debe incluir como uno de sus temas —aun cuando algunos lo han hecho— la aplicación de una ley o sentencia de un Estado en otro, pues aquí estamos ante procesos que se llevan en un Estado determinado para aplicar en su territorio decisiones o leyes que corresponden a otro Estado. Se trata, en rigor, de la aplicación de un derecho extranjero ante una jurisdicción nacional, no constituyendo por tanto, un proceso internacional, sino un proceso interno

que debe resolverse a la luz de normas o acuerdos internacionales (generalmente como problemas que provienen del derecho internacional privado). En rigor, sólo pueden calificarse como procesos internacionales a los que se tramitan o resuelven a través de tribunales internacionales, los que por convención o mutuo acuerdo gozan de poderes jurisdiccionales. Lo contrario, es, por así decirlo, cooperación jurídica internacional, como lo señala Alcalá-Zamora y Castillo.