

# ACERCA DE LOS ORIGENES FUNDACIONALES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

EDUARDO PABLO JIMÉNEZ \* (ARGENTINA)

*En opinión de Häberle, nosotros en la actualidad somos prácticamente obreros del Derecho Constitucional, discretos enanos que, para ver más lejos, para poder avanzar, nos tenemos que subir sobre los hombros de los gigantes de Weimar, que son Kelsen, Schmitt, Heller y Smend".*

**Domingo García Belaúnde**

*A la postre, este derecho procesal constitucional encierra procesos y recursos que bien caben en el molde amplio de la llamada jurisdicción constitucional.*

**Germán J. Bidart Campos**

## ESCORZO INTRODUCTORIO

No nos cabe duda alguna de que el Derecho Procesal Constitucional, desde su discutida – aunque cada vez menos discutible – pretensión de autonomía<sup>1</sup>, posee un muy interesante desarrollo que lo posiciona justamente entre aquellas tendencias contemporáneas de la evolución del derecho, que descollan por intentar afianzar los espacios más garantizadores de las libertades ciudadanas.-

Es que esta joven rama jurídica se nutrió desde sus inicios, del vigoroso proceso de ampliación y fortalecimiento de los derechos fundamentales propio del Siglo XX, lo que implicó, como necesaria contracara, la necesidad de trabajar sobre el paralelo acrecentamiento de ciertos espacios del garantismo constitucional.

Esto esencialmente, en lo que se vincula a la actuación los procesos constitucionales.

Señalan por ello con acierto en éste punto los más calificados doctrinarios argentinos y extranjeros, que esta rama jurídica encuentra la base primigenia de su desarrollo en lo que antaño se denominaba

\* Profesor universitario de Derecho Constitucional

"jurisdicción constitucional"<sup>2</sup>; vocablo éste que el querido maestro Germán Didari Campos no dudó en denominar o re-bautizar – a su tiempo –, como jurisdicción constitucional de la libertad<sup>3</sup>.

Es en éste contexto, que nosotros podemos afirmar el importante papel que le tocó llevar a las constituciones escritas, desde el que se afianzó y consolidó la idea de sistema constitucional, al propiciarse con ellas un modelo de jurisdicción constitucional eficaz para a la vez, protegerla y potenciarla, en un garantista esquema de promoción y protección de los derechos fundamentales, sistemáticamente estructurado por una sociedad que se pretende participativa y democrática.

O sea que, tanto por su origen, cuanto por su contenido y rol, el papel institucional que el sistema democrático le asigna a la Constitución, es indudable.

Sostiene en el punto nuestro amigo Eloy Espinoza Saldaña Barrera<sup>4</sup>, que la Constitución representa aquí un parámetro de validez formal y material del ordenamiento jurídico; ya que organiza, limita, y aún justifica el poder político dentro de un Estado, lo que debe ser entendido en el contexto en una tendencia que se avizora – en su esencia - como democratizadora de las decisiones políticas.

No dudamos que pese a ello, y particularmente entre nosotros, la frustración de las expectativas generadas por los mandatos constitucionales incumplidos, implicó que se acentúe la erosión en la conciencia constitucional y la generación de evidentes modalidades de fallos conscientes en la aplicación de la Constitución<sup>5</sup>.

Sabemos, además, que la circunstancia antes expuesta motivó una sustancial crisis en la credibilidad acerca del derecho en sí, pero en particular del fenómeno jurídico, con la generación de justificadas dudas sobre la posibilidad de crecimiento y la realización de las expectativas creadas sobre la base del "mito de la Constitución".

Es que la realidad latinoamericana – que involucra ciertamente a la Argentina – se debate hoy en la muy poco saludable dicotomía existente entre un mundo formal, pleno de derechos legislados, aunque jamás eficazmente protegidos y la realidad cotidiana del "mundo material", que ciertamente ofrece una realidad "desoladora", salvo en contadas ocasiones paradigmáticas, lo que habla de la vocación meramente "semántica" del sistema constitucional.

Así las cosas, es necesario resaltar que la profundización de los espacios de análisis que propugna el Derecho Procesal Constitucional, se funda esencialmente en la necesidad de enfatizar que asegurar la supremacía constitucional, no es igual que meramente declamarla<sup>6</sup>

En ése específico contexto, el escenario jurisdiccional nos presenta la actuación de la justicia ordinaria, tribunales constitucionales o aún sistemas

mixtos y no judiciales de control<sup>7</sup>, y el intento pasa entonces por develar cual es el más idóneo para preservar en tales ámbitos, pero particularmente en el jurisdiccional la indemnidad constitucional, a fin de que puedan ser actuados debidamente, a favor del ciudadano, los procesos constitucionales, y con ellos, el sistema en sí.

Sostenemos lo antes expuesto, toda vez que cualquier modo de actuación del denominado "control de constitucionalidad" requiere como presupuesto, la existencia de una real jurisdicción constitucional, en el marco de un sistema constitucional confiable, que ofrezca seguridad jurídica y un contexto de respeto irrestricto a la actuación – en ése tránsito - de la regla del debido proceso.

Recalamos, en consecuencia, que el Magistrado Constitucional, cuando actúa sus roles, no es sólo un legislador negativo, sino que es además - y particularmente, enfatizamos nosotros - un interprete creativo de la Carta Fundamental, ya que constitucionaliza [por adecuación], tanto al derecho cuanto a la política<sup>8</sup>.

Lo señalado en los párrafos anteriores, no nos aleja empero, de la convicción de que el juez constitucional debe resolver conforme a la pauta que ofrece el Texto Supremo por el que su función ha sido instituida, respetando las reglas de interpretación que el propio sistema constitucional le impone, sin efectuar en su labor de control de constitucionalidad evaluaciones de calidad ú oportunidad.-

Aclarado lo que antecede, es bueno enfatizar ahora, que la actuación adecuada de un modelo de jurisdicción constitucional requiere la existencia de ciertas condiciones institucionales previas, que creemos necesario resaltar con algún detenimiento.

## II

### LAS CONDICIONES INSTITUCIONALES

Si bien es sabido que el sistema de justicia constitucional ideado y propugnado por Hans Kelsen no se encuentra hoy materializado en su integralidad en ningún ordenamiento jurídico, tal enunciación no implica desconocer que ése modelo opera aún como paradigma y punto de referencia para entender cabalmente a aquellos sistemas de justicia que – conformados sobre la base del antes mencionado ideal -, tampoco reproducen el sistema de control difuso norteamericano<sup>9</sup>.

A ello debemos sumar necesariamente que el clásico sistema de la "judicial review", ha evolucionado hasta casi tocar las aristas de otros modelos de justicia constitucional, edificados en el estilo de los sistemas europeos.

Así es que la recíproca influencia de ambos modelos, posicionan hoy al moderno Derecho Procesal Constitucional en confines ciertamente progre-

sistas, convirtiéndolo en una rama del derecho público particularmente receptiva a los cambios que en los tiempos recientes ha operado el modelo o sistema constitucional vigente.

Y así las cosas, cabe recordar que con base en una construcción de claro cuño jusnaturalista, derivada de un precedente aislado del derecho británico<sup>10</sup>, *la doctrina de la judicial review*, que comenzó su desarrollo en las antiguas colonias norteamericanas, recién se enuncia conceptualmente en el año 1803, con el dictado del ya bicentenario precedente "Marbury vs. Madison"<sup>11</sup>, afirmándose luego ella en forma progresiva hasta su consolidación, en los años '20<sup>12</sup>

Luego de la breve reseña que antecede, es bueno resaltar que para que un determinado sistema de control de constitucionalidad se convierta en un insumo efectivo en el buen funcionamiento de la estructura democrática que está llamado a tutelar, es necesario que exista una serie de condiciones que así lo permitan<sup>13</sup>, tales como:

1. La condición de rigidez del texto constitucional: ya que si cualquier ley ordinaria tiene aptitud para modificar la Constitución, la verificación carece de base de sustento, porque no existe inconstitucionalidad para verificar
2. La condición de independencia del controlante respecto del controlado: ya que la ineficacia del auto-control es más que evidente. Sostenía en éste punto Karl Loewenstein<sup>14</sup> respecto de ésta cuestión que otorgar la potestad de control al mismo órgano que genera la ley que va a ser controlada, es como "poner un zorro al cuidado del gallinero"
3. La condición de fuerza vinculante en los decisorios del órgano encargado de controlar: ya que si al momento del control de constitucionalidad, los efectos de la decisión final del "controlante" son meramente indicativos, o implican solo recomendaciones, la estructura carece de vigor político y eficacia.-
4. La condición de legitimación para petionar por parte de quienes advierten el agravio constitucional: ya que si los agraviados no pueden actuar ante el órgano correspondiente, para reclamar por la vigencia de la Constitución, el sistema de control carecería de legitimidad democrática. De allí que prediquemos en este punto, que a mayor aptitud para reclamar, más legitimado se encontrará el sistema.-
5. La condición de inexistencia de áreas exentas de la potestad de control: ya que en un sistema democrático, la mayor cantidad de áreas exentas de control de constitucionalidad, hace a la menor legitimidad del mismo.-
6. La condición de existencia de un ámbito de libertad, jurídicamente garantizado sobre el que se pueda pretender hacer actuar al control

de constitucionalidad: ya que como bien lo indicaba en vida el querido Miguel Ángel Ekmekdjian<sup>15</sup>, la modalidad de control de constitucionalidad sirve en cuanto acrecenta los espacios de libertad del ser humano frente a los avances del "Poder", que permanentemente se proyecta sobre ello.

Si bien es cierto que en el cumplimiento de éstas condiciones institucionales, radica esencialmente el meollo de la buena o mala actuación del sistema constitucional, hemos de recordar aquí también, que la discusión actual - vinculada a la supervivencia de la democracia constitucional - obtuvo sus bases fundacionales en el famoso debate de ideas que oportunamente mantuvieron Hans Kelsen y Carl Schmitt, relativo a evaluar quién debe ser el guardián de la Constitución, con el confesado objetivo de intentar encontrar las pautas de control que permitan sellar la "clave de bóveda del sistema".

A tan importante discusión, cuyas repercusiones animan hoy el debate propio del Derecho Procesal Constitucional, nos referiremos en el acápite siguiente:

### III

#### EL TRÁNSITO QUE VA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es sabido que fue el reconocido maestro Vienés, Hans Kelsen quien sentó, en esencia las bases estructurales del Derecho Procesal Constitucional<sup>16</sup> al propiciar con la publicación de su opúsculo "La Garantía jurisdiccional de la Constitución"<sup>17</sup>, la puesta en funcionamiento de tribunales constitucionales, por él ideados con el objetivo de efectuar el denominado "control de constitucionalidad".

Esta propuesta fue rápidamente contestada, y asimismo agudamente controvertida por Carl Schmitt, quien dio a conocer sus observaciones críticas publicando una monografía que se denominó "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?"<sup>18</sup>.

Presenta Gasió<sup>19</sup> a esta confrontación entre "gigantes"<sup>20</sup>, como un episodio significativo que debe insertarse en el más amplio contexto del debate sobre la crisis político-institucional que agitaba a la Europa de esos tiempos, y en particular, como un agudo diagnóstico ante la compleja coyuntura que atravesaba entonces la Alemania de entreguerra, edificada con marco jurídico en la constitución weimariana de 1919.

Bien expresa Domingo García Belaúnde, con referencia a la experiencia que implicó la generación de tribunales constitucionales - con distinta suerte, por cierto - en Austria (1920), Checoslovaquia (1920), y España (1931), que éste intento de la época de "bisagra" entre las dos grandes guerras mundia-

les, aún cuando resultase fallido, o cuanto menos, de escasa repercusión inmediata, "iba a ser definitivo para la aparición del debate doctrinario entre los mejores teóricos de esa época"<sup>21</sup>

Señala también Gasió los confines políticos de la estructura de ésta confrontación jurídica, presentándola como una consistente respuesta de Hans Kelsen frente a los embates de Schmitt, quien en el sentir del autor vienés, venía delineando la tesis del aniquilamiento de la normatividad a partir de la primacía de la "decisión", lo que se vincula en forma muy estrecha a la apuesta de Schmitt a la "Teología Política"<sup>22</sup>

Para Schmitt<sup>23</sup>, la esencia de una Constitución, concebida como "Constitución del Estado", significa "la situación total de la unidad y ordenación políticas, pero admite que ése concepto puede significar o implicar también un sistema cerrado de normas y entonces designa una unidad, sí, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal". Si bien reconoce que en ambos casos el concepto de Constitución es absoluto, intenta cuestionar la tendencia que - a la postre - resultó dominante, que propugnó la idea de que Constitución y Ley Constitucional reciban el mismo trato, de manera tal que cada Ley Constitucional pueda aparecer como Constitución.-

Señalaba el autor "decisionista", al desarrollar su tesis, que a consecuencia de ello, "el concepto de Constitución se hace relativo", por lo que "ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad, sino a algunas, varias o muchas prescripciones legales de cierto tipo"<sup>24</sup>.

Por ello ha enfatizado Schmitt el papel que le cabe a los preámbulos en el esquema de un sistema constitucional, pues para él, este tipo de textos, y sin perjuicio de lo apuntado en el párrafo anterior, expone "las decisiones políticas fundamentales, superiores a toda ley y normación".

Es que en ésta interpretación, la esencia de una Constitución reside en los principios existenciales de convivencia política expresados en su introito declarativo<sup>25</sup>.

Poco tiempo después de publicada "La defensa...", Hans Kelsen hizo oír su contrapunto, al publicar "¿Quién debe ser...", en un inequívoco intento de presentar a la "justicia" como protectora esencial de la Constitución.

Según lo presenta Gasió<sup>26</sup>, el jurista austríaco consideraba al capítulo sobre las garantías de la Constitución y la Administración, como el núcleo jurídico de la Constitución, tornando, a partir de su influjo, a los viejos tribunales imperiales de la Monarquía, en verdaderos tribunales constitucionales<sup>27</sup>.

Veamos entonces, las diferencias esenciales que presentaban ambos modelos:

El texto de "Weimar" consagró un sistema de control de constitucionalidad de tipo "difuso"<sup>28</sup>, que se caracterizaba por poder ser actuado en forma incidental, pero que a partir de ello, garantizaría con plenitud que el "Derecho Federal del Reich" tuviese supremacía sobre el de un territorio, estado fede-

rado o provincia del mismo.-

Por otra parte, la constitución austríaca organizaba un sistema de control de constitucional concentrado, de competencia directa y exclusiva que era asignada al propio tribunal, sin que los jueces ordinarios estuviesen facultados para ejercer o solicitar la jurisdicción constitucional<sup>29</sup>

Señala Gasió<sup>30</sup>, que en el sistema austríaco de 1920, toda sentencia del Tribunal Constitucional tenía la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual "superaba la función estrictamente jurisdiccional, convirtiéndolo en una suerte de legislador "negativo".

Es claro que aún desde sus diversas posturas, ambos juristas pusieron sobre el tapete el análisis de la función judicial, y desde allí se preguntaron qué papel o rol institucional le cabe a las Supremas Cortes o Tribunales Superiores, al momento de actuar la defensa del sistema.

La argumentación de Schmitt, proponía – en éste contexto - delinear los límites objetivos de toda argumentación judicial, puesto que si el dictado de una sentencia ocurre indefectiblemente luego de acaecido el evento sometido a juzgamiento, su misión será siempre la de vincular por punición, absolución, reparación, mediación o represión, a hechos pasados, en modo incidental y accesorio<sup>31</sup>.

También enfatizaba Schmitt que una norma, "no puede ser defendida por otra norma", distinguiendo claramente entre la creación del derecho – propia de la labor legisferante – y su aplicación, propia de la actividad jurisdiccional. De allí concluye que un Tribunal de Justicia sólo puede ser defensor de la Constitución en un estado judicialista, que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios<sup>32</sup>.

Es claro que Schmitt, a diferencia de Kelsen, insistía en distinguir en el contexto constitucional, aquello "normativo" de lo "existencial", vinculando luego de ello la validez con la facticidad del texto fundamental<sup>33</sup>.

La clara respuesta de Kelsen a éstos conceptos, no se hizo esperar: "nadie puede ser juez de su propia causa", señaló el jurista vienés con contundencia.

Ello le llevó también a enfatizar que lo esencial del control constitucional, radica en que el mismo sea efectuado por un Tribunal independiente de las otras funciones del Estado, sobre todo, del Gobierno y del Parlamento, siendo impropio sugerir o aún propiciar – como así lo hacía Schmitt – que el Parlamento fuese concebido como el único órgano político creador del derecho.

Señaló por ello el maestro austríaco, que la diferencia entre el carácter normativo de una ley parlamentaria y una sentencia judicial, es sólo cuantitativa<sup>34</sup>, presentando finalmente el concepto de que las tesis de Schmitt confundían la teoría jurídica con la teoría política, intentando con ello Kelsen enfatizar el carácter "ideológico" de las argumentaciones de su contendiente político e intelectual.

Volviendo a lo principal de nuestro análisis, cabe recordar que la tesis central que Schmitt despliega en su "La defensa...", es que el Presidente del Reich es quien debe ser instituido como el "defensor de la Constitución, llegando éste autor a identificar, haciendo una interpretación del Art. 48 de la Constitución de Weimar<sup>35</sup>, los "poderes excepcionales" del Presidente, con la función de "defensor de la Constitución".

Diferencia para ello, el rol del Presidente del Reich de aquel que conlleva el Canciller del Reich, ya que mientras éste último apoya su autoridad en la confianza del Parlamento, el primero es – para la concepción de Schmitt – el hombre de confianza de todo el pueblo alemán<sup>36</sup>.

Así, concebía el analista político alemán al Reich como un auténtico "poder neutral", mediador, regulador y tutelar dentro de la clásica división de poderes, instituyéndolo a modo de un cierto centro o polo fijo en el sistema constitucional, con la finalidad de constituir un equilibrio entre el Legislativo y el Ejecutivo.

Es que en éste autor, la crisis del Estado en el contexto de la "política de masas", requiere frente a lo que considera la politización total de la existencia humana, un "Estado total", en el que el ejército y el Poder Ejecutivo, plebiscitario del Reich, deben actuar como "poderes neutros y moderadores".

Al intentar refutar la hipótesis de que una Constitución pueda ser considerada como "norma de normas", cuestiona la teoría normativa del Estado expuesta por Kelsen, enfatizando que deben distinguirse los conceptos de "norma" y "existencia", que supone confundidos en el autor austríaco.

Al terciar, en su "¿Quién debe ser...", Kelsen sitúa el debate en sus justos términos, o sea en aquel de las concepciones políticas básicas que lo separan de Schmitt, definiendo lo esencial del Estado, la democracia y el parlamentarismo, y buscando – ante la crisis del sistema jurídico político diseñado por la Constitución de Weimar en 1919, la conciliación de éstos intereses en el modelo del Estado Parlamentario, con un esquema de control jurisdiccional.

Por su parte, y frente al mismo dilema, Schmitt propulsó la entronización de la figura de un dictador que avale al "amigo" y destruya al "enemigo", adoptando sus decisiones en el contexto del que entonces denominó "Estado total".

Desde una opción que asumimos "descarnada", podemos advertir que los hechos señalaron el inmediato triunfo de Schmitt, ya que lamentablemente no se pudo – en aquél trágico período – imponer la real vigencia de un órgano que limitara al poder absoluto del "Defensor de la Constitución" que pergreñó el ideólogo desicionista, y que adoptó el gobierno Alemán, en tiempos de Adolf Hitler<sup>37</sup>.

El importante aporte de Kelsen en éste punto, fue entonces de corte ideológico, y se proyectó hacia el futuro de Europa.

El mismo radicó entonces, en sostener la necesidad de la actuación de



tribunales constitucionales, que asuman roles de defensa de la Constitución. Aún así, es necesario también – a fuer de ser sinceros y objetivos en nuestro análisis resaltar que la propia concepción Kelseniana de la justicia constitucional y la eficacia jurídica de las normas constitucionales, no significó ni se proyectó en el tiempo como una solución completa al problema planteado.<sup>38</sup>

Claro es que, si bien esta polémica Kelsen- Schmitt tuvo un momentáneo paréntesis, debido al horror que implicó la generación de la Segunda Guerra Mundial, el interés sobre el tema reflató en Europa al culminar la contienda bélica, debido al valioso aporte de los procesalistas italianos Piero Calamandrei y Mauro Cappelletti, y los españoles Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Jesús González Pérez, con su posterior proyección a Latinoamérica a partir de la actuación de Germán Bidart campos, Héctor Fix Zamudio, Néstor Pedro Sagués y Domingo García Belaúnde entre muchos otros.

Pero es esta última, la parte de la historia reciente del derecho Procesal Constitucional que excede los confines de éste estudio, y de seguro retomaremos en otra ocasión.

#### IV

#### PARA TERMINAR

No ha sido ocioso vincular los orígenes fundacionales del Derecho Procesal Constitucional, con la cuestión relativa a la "jurisdicción constitucional".

Cierto es además, que en aquellos primigenios tiempos, fueron los "Gigantes de Weimar" – Kelsen, Schmitt, Heller y Smend -, quienes abrieron los principales surcos que hacen al camino del Derecho Procesal Constitucional.

Aún así, sabemos que tales son necesariamente los caminos institucionales que debemos transitar quienes nos consideramos "obreros" de esta nueva asignatura, para poder avanzar en el desarrollo que ella requiere<sup>39</sup>.

Por ello, no cabe sino coincidir en plenitud con quienes sostienen que el Derecho Procesal Constitucional incluye entre sus contenidos esenciales, no sólo el estudio de los procesos constitucionales y la actuación de la magistratura constitucional, sino particularmente el de la jurisdicción constitucional<sup>40</sup>, la cual aborda temáticas vinculadas al valor jurídico de la constitución, el control de constitucionalidad, y también aspectos relativos a la interpretación constitucional, sin que ello implique desmedro a la temática propia del Derecho Constitucional.

Ello así, ya que como bien ha sostenido Néstor Sagués, es necesario el aporte conjunto de abogados constitucionalistas y también procesalistas a fin de delimitar en forma definitiva los contornos definitivos de ésta nueva materia, enancada desde sus orígenes entre el derecho procesal y el derecho constitucional.

Es que como acertadamente ha sostenido el maestro Germán Bidart Campos "allí donde hay control e interpretación constitucionales, hay jurisdicción constitucional"<sup>1</sup>.

Y esta admonición nos sitúa de plano en el hecho de la realidad que nos anuncia la siguiente precisión conceptual: el problema de la jurisdicción constitucional, como parte de la defensa de la Constitución, ya se lo vea desde el lugar institucional que la ubica a cargo de los jueces (judicial review) para generar un adecuado control de la legalidad constitucional, o como una modalidad que preserve a las democracias de los avances de las dictaduras fascistas (control a cargo de tribunales constitucionales), resulta ser una cuestión fundacional del Derecho Procesal Constitucional.-

Por ello, deseamos poder concluir nuestro modesto aporte, señalando que ésta problemática no solo se situó en los albores del Derecho Procesal Constitucional, sino que aporta particularmente hoy en día, una dosis de plena actualidad, de la que creemos que no se puede prescindir si se desea ahondar su estudio.

*Eduardo Pablo Jiménez*

### Notas desarrolladas

---

- 1 Hemos abordado ésta interesante cuestión hace ya unos años en un artículo titulado "Desarrollo actual y cuestiones conflictivas del Derecho Procesal Constitucional" ("ED", Suplemento "Temas Procesales" del 31/8/1995, Pág.59 y ss.), a cuya lectura remitimos para su profundización.
- 2 Así lo expone Domingo García Belaúnde en su "De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional" (Edit. Grijley, Lima, 2003). Entre nosotros, anticipaba en forma precursora ésta cuestión Néstor P. Sagués (Derecho Procesal Constitucional, Edit. ASTREA, T ° 1) y también así lo ha sostenido Ricardo Haro en su presentación a la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Morales "Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional" (Año 2000).
- 3 Bidart Campos, Germán "Manual de la Constitución Reformada" ASTREA, 2000, T °II, Pág. 341.
- 4 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy "Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso" Edit. Ara, Lima, 2003, Capítulo primero.
- 5 Lo que implicó a la postre, la plena configuración en la sociedad Argentina, y tal lo sostuvo a su tiempo, el desaparecido Carlos S. Nino (Un País al Margen de la Ley, EMECE, 1991).
- 6 Así, enfatizaba respecto de ésta cuestión oportunamente el jurista mexicano Fix Zamudio ("La protección procesal de los Derechos Humanos" Edit. Civitas, Madrid, 1982, Pág. 23, con cita a Germán Bidart Campos), que "Lo que caracteriza al régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su efectiva vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la acción procesal es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo

- valer, la vía para demandar su amparo”.
- 7 Puede ver, en este contexto quien quiera ampliar ésta cuestión, el detallado relevamiento que de éstos diversos sistemas efectúa el jurista peruano Víctor Julio Ortecho Villena en su “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales” (Edit. Rodhas, Lima), en particular en su Capítulo II.
  - 8 Siempre, por supuesto, ceñido a los abiertos, pero estrictos límites interpretativos que el propio sistema constitucional impone. Este importante punto, ha sido desarrollado por nosotros “in extenso” en un artículo titulado “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” (“ED” del 17/10/2000, Pág. 1 y ss.), a cuya lectura remitimos.
  - 9 Así lo sostiene Raúl Canosa Useda en su “Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España”, en “AAVV” “Derecho Procesal Constitucional (Susana castañeda Otsu coordinadora), Edit. Kipus, Bolivia, 2004, Pág. 89. Agrega allí el autor citado que aún en algunos estados iberoamericanos donde, al menos sobre el papel, funcionó inveteradamente un sistema mimético del estadounidense, han introducido recientemente, mecanismos propios de control centralizado que dan como resultado, sumados a los elementos tradicionales del control difuso, un sistema sumamente complejo y delicado (Cfr. Por ejemplo, los casos de México y Brasil).
  - 10 Nos referimos al célebre caso del Dr. Tomas Bonham, fallado en el año 1610 por el Juez británico Edward Coke, quien entonces afirmó que el Derecho Natural (Common Law) se encontraba por encima de las prerrogativas que podía ejercer el mismísimo Rey de Inglaterra, con lo que sentó las bases de lo que luego sería la regla jurídica del control de constitucionalidad por parte de los jueces. Coincidimos con Domingo García Belaúnde ( “De la Jurisdicción...” antes referida, Pág. 27, con cita expresa a Bernard Schwartz) en cuanto sostuvo que “Si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las “colonias” un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de Swartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos”.
  - 11 En aquel histórico precedente, resalto en su voto preopinante, el desde ése entonces mítico “Chief Justice Marshall” sostuvo que “No hay alternativa. O bien la Constitución es una ley superior, no enmendable por medios ordinarios, o está a un mismo nivel que la legislación ordinaria, y como otras leyes es enmendable cuando a la legislatura le plazca hacerlo” A lo que agregó que “Si la segunda proposición fuera la correcta, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos de la parte del pueblo, por limitar un poder de por sí ilimitable”, para terminar señalando que “No queda duda entonces de que los que adoptan constituciones lo hacen contemplándolas como la ley fundamental y superior de la Nación, y consecuentemente, la teoría de cada gobierno de este tipo debe ser la de que cada ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como todos los demás departamentos del gobierno, están obligados por ese instrumento”. Para ampliar en el análisis de tan interesante fallo, sugerimos recurrir a un análisis más profundizado del tema, que hemos realizado en nuestro “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, 2000, T ° 1, Pág. 181 y ss.).
  - 12 Así lo expone Domingo García Belaúnde en su “De la Jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional” Edit. Grijley, 2003, Pág. 29,

- agregando a ello que es recién a partir de ese momento en que se hacen planteos de largo alcance sobre el control judicial.
- 13 Así lo hemos indicado en nuestro "Derecho Constitucional Argentino" Edit. EDIAR, 2000, T ° 1, Pág. 212/213.
  - 14 Loewenstein, Karl: Teoría de la Constitución. Edit. Ariel, Barcelona, 1983. Recomendamos la lectura íntegra de ésta obra.
  - 15 Del autor citado "Temas Constitucionales" Edit. "La Ley" 1987.
  - 16 Lo que no excluye al aporte de otros destacados doctrinarios en el nacimiento de ésta rama del Derecho Público. A ellos nos hemos referido nosotros antes de ahora en un artículo de nuestra autoría denominado "Desarrollo actual y cuestiones conflictivas del Derecho Procesal Constitucional" ("ED", Suplemento de "Temas Procesales" correspondiente al 31 de agosto de 1995, Pág. 59 y ss.).
  - 17 Kelsen, Hans "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)" Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 1 ° Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
  - 18 Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Publicado en la revista Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechtswesens, t. 6, Berlín, 1931, pp. 576-628. También apareció esta importante obra como un folleto de 56 páginas, editado por Grunewald W. Rotschild, Berlín, 1931. En ese mismo año fue publicada la versión española de la obra, en traducción directa efectuada por Manuel Sánchez Sarto. Ya en 1983, y según lo expone Guillermo Gasió en su "Estudio Preliminar" a la obra ¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución? (Tecnos, Madrid, 1995), la editorial Tecnos publicó la misma versión de esa obra, con prólogo de Pedro de Vega García.
  - 19 Gasió, Guillermo: "Estudio Preliminar..." citado, Pág. X.
  - 20 Tomamos esta apreciación semántica, del más que significativo artículo de Domingo García Belaúnde titulado "Los Gigantes de Weimar – publicado como anexo en "De la jurisdicción..." citada, pág. 73 y ss. – en el que ese reconocido jurista, en ocasión de narrar un encuentro habido con Peter Häberle, destacó lo que Haberle llamó "Los Gigantes de Weimar", y que constituían un cuarteto, habiendo allí indicado el jurista alemán, que en realidad los constitucionalistas actuales.
  - 21 García Belaúnde, Domingo "De la Jurisdicción..." citada, Pág. 33, en referencia expresa a Kelsen y Schmitt, pero además, a Duguit y Carré de Malberg, entre otros. Recuerda el autor citado en su obra, que esa tendencia "iba a renacer con posterioridad, haciendo posible el surgimiento de los Tribunales Constitucionales después de 1945, con una fuerte onda expansiva dentro del continente europeo primero, y luego en otros ámbitos geográficos".
  - 22 Gasió, Guillermo: "Estudio Preliminar..." citado, Pág. XI. Expresa luego, que la analogía de los fenómenos teológicos con los jurídico-políticos es frecuente en la obra del pensador reaccionario francés Joseph de Bonald, para agregar, además, que "Schmitt asume que, así como el milagro es necesario para explicar la Teología, lo es la excepcionalidad para comprender el Estado y el Derecho".
  - 23 Schmitt, Carl: "Teoría de la Constitución" Edit. Alianza Universidad, Salamanca, 1996, Pág. 29.
  - 24 Schmitt, Carl: "Teoría..." citada, Pág. 29. Expresaba en su crítica el jurista alemán, que "La definición usual de los tratados es: Constitución = norma fundamental o ley fundamental". A ello agregaba, que "Lo que se entiende aquí

- por fundamental suele quedar poco claro; a veces se aplica sólo en un sentido tópico a una cosa políticamente muy importante o inviolable; así, cuando se habla, también con imprecisión, de derechos "fundamentales".
- 25 Cfr. Dotti, Jorge Eugenio: "Carl Schmitt en Argentina" Edit. Homo Sapiens, Rosario, Argentina, 2000, Pág.419.
  - 26 Gasió, Guillermo: "Estudio..." citado, Pág.. XIV.
  - 27 Cabe recordar aquí que Kelsen, al ser electo primero miembro titular, y luego vocal permanente del Tribunal Constitucional austriaco, ejerció un papel relevante en la práctica jurisdiccional del tribunal.
  - 28 Clarificaba en éste punto Schmitt ("La Defensa...", Pág.. 52, nota 17) "Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia".
  - 29 Es claro que en éste contexto, el Tribunal Constitucional austriaco se erigía como órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones, y era independiente tanto del Parlamento como del Gobierno, que son los principales sujetos pasibles de control, y a su vez diferenciado de otros órganos jurisdiccionales.
  - 30 Gasió, Guillermo "Estudio..." citado, Pág.. XIX, con nota a Charles Eisenmann: "La justice Constitutionelle et la haute court constitutionelle de l'Autriche" Paris, 1928.
  - 31 Esto es, aplicable al caso concreto y específico sometido a juzgamiento, cuya consecuencia es la de servir como precedente judicial.
  - 32 Por ello resaltaba el polémico autor alemán que la solución propuesta por Kelsen, es decir, la que pasa por propiciar la actuación de un tribunal que concentre y monopolice la defensa de la Constitución, traería aparejada no solo una judicialización de la política, sino además una "politización de la Justicia", tachando al autor vienés de crear una teoría que emplea "ficciones y normas", sin tomar en cuenta los contenidos.
  - 33 Así, expresaba Schmitt en su "Teoría Constitucional (citada, Pág.34), que "En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir fuerza, autoridad) constituyente y se establece por su voluntad" a lo que agrega que "La palabra "voluntad" significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber Ser".
  - 34 Señalaba además Kelsen para apoyar su tesis, que la función de un tribunal constitucional, como el propiciado por el sistema austriaco de 1920, no es cualitativamente diferente a la de cualquier otro órgano jurisdiccional en lo que hace a determinar el contenido de una estructura normativa, sólo que un tribunal ordinario produce normas que resuelven controversias particularizadas en tanto que un tribunal constitucional anula normas (legislador negativo).
  - 35 El texto, rezaba en lo esencial: "Cuando un territorio no cumple los deberes que le imponen la Constitución o las leyes del Reich, el Presidente del Reich puede obligarle a ello con la ayuda de la fuerza armada." "Cuando en el Reich Alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos, incluso con ayuda de la fuerza armada en caso de ser necesario. A éste efecto, puede suspender temporalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114,115,117,118,123,124 y 153".
  - 36 Enseñaba Schmitt, según lo transcribe Gasió (Op. citada, pag.XXVIII), que "El Canciller está investido de "legalidad parlamentaria", apoyándose en

coaliciones cambiantes e inestables de partidos políticos; en cambio el Presidente cuenta con "legitimidad plebiscitaria", ya que lo elige todo el pueblo. Coincidimos con Gasió en que es éste uno de los flancos de mayor debilidad que ofrece la postura del jurista alemán. Así lo vio también Kelsen al arreciar luego con su crítica.

- 37 Nos referimos al "horror" derivado de la gestión gubernamental de Adolf Hitler en Alemania luego de destruir el sistema Weimariano, a partir de la caída del entonces Mariscal Hindenburg, propiciando el genocida alemán la generación de la Segunda Guerra Mundial, y en su contexto, el devastador "Holocausto Judío", con innegable base y apoyatura ideológica en el "decisionismo" schmittiano.
- 38 Justo es acotar aquí la referencia de José Palomino Manchego, en su prólogo a la edición mexicana de "De la jurisdicción..." citada, en cuanto sostuvo que "Los primeros esfuerzos para hacer los deslindes teóricos, y la construcción de las paredes maestras, de y sobre la jurisdicción constitucional, se encuentran en el pensamiento de los juristas de la década de los años veinte del Siglo XX. En especial, Leon Duguit, Edouard Lambert y, sobre todo, el jefe de la Wiene Schule, Hans Kelsen.- debiendo traer a colación la célebre polémica que sostuvo con el teórico alemán Carl Schmitt -" (Pág..13).
- 39 Bien opinaba Haberle en el punto (En cita de Domingo García Belaúnde, "De la..." citada, Pág..76), que "Nosotros, en la actualidad somos prácticamente obreros del Derecho Constitucional, discretos enanos que para ver más lejos, para poder avanzar, nos tenemos que subir sobre los hombros de los gigantes de Weimar".
- 40 Tesis ésta que nuestro amigo Pablo Manilli describe como "intermedia" y sostenida esencialmente por Domingo García Belaúnde ya que según expresa en su "Introducción al DPC" ,en AAVV y de su coordinación "Derecho Procesal Constitucional" (Edit. Universidad, 2005, Pág..31), la que denomina "restringida" sería la sostenida por Néstor Pedro Sagués, y solo incluiría en la materia de incumbencia del DPC, a los procesos y a la jurisdicción constitucionales.
- Sin animo de polemizar con nuestro amigo, recordamos que ya en el año 1987, y con motivo de la celebración de las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil, en homenaje a Augusto Morello, su Comisión IV referida al tema "Control de Constitucionalidad, estableció como conclusión, receptada en el pertinente plenario, que "Cabe enfatizar el afianzamiento doctrinario y legislativo del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que se ocupa a): de la jurisdicción constitucional, b): de la Magistratura Constitucional y c): de los procesos constitucionales, tuitivos de la Supremacía Constitucional" Ello con la firma de los juristas Lino Palacio, Gualberto Lucas Sosa, Pedro J. Bertolino, Eduardo Oteiza, Adolfo Rivas y Néstor P. Sagués (ver para cotejo, de nuestra coautoría y coordinación: Garantías Constitucionales (Edit. Suárez, Mar del Plata, 1997, Pág..17).
- 41 Bidart Campos, Germán: La jurisdicción y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional (EDIAR, Buenos Aires, 1987, Pág.. 260).