

Dos Cuestiones Disputadas Sobre el Derecho Procesal Constitucional.

Domingo García Belaunde

A partir de la cuarta década del siglo pasado, ha entrado en circulación el nombre "derecho procesal constitucional", que lentamente se ha ido abriendo paso en América. Pero su aceptación en el mundo académico ha estado acompañado de diversos cuestionamientos, aun no del todo despejados. Aquí queremos llamar la atención sobre dos de estas cuestiones disputadas, que siguen interesando a los estudiosos.

1. ¿QUIÉN FUE EL FUNDADOR? HIPÓTESIS Y REPLANTEOS

Uno de los temas recurrentes ha sido precisar quién es el fundador del Derecho Procesal Constitucional como tal, a lo que se ha respondido de diversas maneras. Así, la mayoría siguiendo a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en los finales de 1940, señala que corresponde a Kelsen este acto fundacional. Otros, por el contrario, apuntan a la experiencia latinoamericana, o si se quiere colombo-venezolana como fundadora o iniciadora de la disciplina (Brewer-Carías) o el hito histórico de los *writs* sajones medievales (Sagüés), etc. Ahora bien, para tal efecto y con el propósito de contestar a esta pregunta debemos hacer un primer deslinde: por un lado, la materia procesal-constitucional concebida en sentido amplio, y por otro, la disciplina que la estudia.

En cuanto a la materia procesal-constitucional, considero dentro de ella, como significativa, el control constitucional de las normas de alto nivel, es decir, de las leyes o actos con fuerza de ley. Y aquí cabe hacer alusión a hechos históricos que de una u otra manera han comprobado este tópico. Y desde este punto de vista, es difícil decir quién es el fundador, pues el mismo Cappelletti se remonta a la antigua Grecia para demostrar la existencia de este tipo de controles, que se dan en contextos culturales distintos a los nuestros. Y si avanzamos en el tiempo, vemos estos elementos protectores en diversos ordenamientos de la Edad Media y más adelante en el siglo XVIII y en especial en el siglo XIX.

El hecho culminante que puede considerarse modélico, aun cuando no exento de precedentes, es la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, en la cual el Juez Marshall estableció, de manera irrevocable, el principio práctico y la vía adecuada para ejercer un control constitucio-

nal de las leyes. Lo de Marshall fue un paso gigante pero él no creó nada, sino que se limitó, con la grandeza del genio, a configurar lo que ya existía en forma algo difusa, y que sería a partir de entonces algo característico del constitucionalismo contemporáneo, y que en los Estados Unidos se llama *judicial review*, en giro intraducible a una lengua romance. La literatura norteamericana es muy abundante al respecto y ha hecho singulares aportes sobre el tema, pero ello no ha dado pie para el nacimiento de ninguna disciplina independiente, sino más bien al enriquecimiento del Derecho Constitucional, pues es precisamente en estos textos en donde se estudian los aportes fundamentales de Marshall y del Tribunal Supremo en general.

Pero el caso de Kelsen también es importante. No fue el único creador del Tribunal Constitucional austriaco (en su proyecto de 1918, en las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional Constituyente austriaca en 1919 y ratificadas en la Constitución de octubre de 1920), pues hubo una serie de contribuciones de la comunidad jurídica austriaca en el período 1918-1920 que coadyuvó a crear esta institución y en las cuales Kelsen estuvo presente. Pero fue el que quizá influyó más, no solo por haber sido magistrado de dicho Tribunal y su relator permanente, sino por haber escrito solidamente sobre ella, en un momento en que nadie visualizaba el fundamento teórico del nuevo tipo de control.

Pero es importante tener presente lo siguiente:

a) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina, y que luego se expandirá por el resto del mundo.

b) Kelsen postula una jurisdicción constitucional con ese nombre; así lo hace en la ponencia presentada a la Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde utilizando el término "jurisdicción estatal" agrega que el más adecuado es el de "jurisdicción constitucional"; cf. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbar-

keit (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal) Berlín-Leipzig 1929. Por el contrario, en la versión francesa que publica el mismo año del encuentro de Viena, o sea, en 1928, utiliza indistintamente las palabras "justicia" o "jurisdicción" constitucionales, como si fueran sinónimas, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (cf. La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice constitutionnelle en « Revue du Droit Public et de la Science Politique », tomo 45, 1928).

Sin embargo, en el mismo tomo 45 de 1928 de la "Revue du Droit Public et de la Science Politique" acompañan al ensayo de Kelsen sendos estudios de Boris Mirkine-Guetzévitch y de Marcel Waline, quienes emplean el concepto "jurisdicción constitucional" y hacen referencia a países que han adoptado el sistema de control de constitucionalidad. Y por la misma época, son varios los que abordan el nuevo tema, iniciándose así en Francia un interesante debate, como se puede apreciar en las diversas colaboraciones del colectivo publicado en homenaje a uno de los grandes juristas de principios de siglo (así en el "Mélanges Maurice Hauriou" de 1929). Pero Kelsen no fue más allá. Tampoco el intenso debate francés tuvo consecuencias inmediatas, sino que más bien fue al revés, como lo demuestra la experiencia del Consejo Constitucional francés (por lo menos hasta 1971).

c) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como "legislador negativo", concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda postguerra.

d) De la lectura atenta que se hace del famoso texto de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no solo no usa el término "proceso constitucional" sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano ad-hoc.

e) Aun más, no se advierte en Kelsen un conocimiento, ni siquiera rudimentario del Derecho Procesal, no obstante que el procesalismo alemán era por entonces importante (si bien una de sus principales figuras, James Goldschmidt iba pronto a emigrar para terminar muriendo en Montevideo en 1940). E igual podría decirse de los otros juristas que por la misma época escribían sobre lo mismo.

f) Kelsen, pues, no puede considerarse el padre ni el fundador del Derecho Procesal Constitucional, por las razones antes dichas. Es sin lugar a dudas, uno de los creadores del modelo concentrado y su teórico más solvente al momento de su aparición.

Ahora bien, juicios o procesos siempre han existido en la historia. Y en tal sentido, la doctrina señala esquemáticamente estas fases en el desarrollo histórico del Derecho Procesal: etapa forense, etapa procedimental y etapa del procesalismo científico. Este último, en realidad,

es el que interesa y es el que nace a mediados del siglo XIX, época en la cual y como producto de diversos hechos (los avances de la Ilustración, el nacimiento de los derechos nacionales, la codificación, etc.) se dan los primeros pasos para separar la "acción" del "derecho sustantivo", por obra de la doctrina alemana e italiana, lo que se consolidará a inicios del siglo XX. Así, pues, el moderno Derecho Procesal nace en esas circunstancias, en medio de grandes debates y en donde lo que existe será en rigor el proceso civil y el proceso penal.

Por tanto, para hablar de un fundador del Derecho Procesal Constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho Procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido. Y esto aun cuando sea en embrión, como sucede siempre con los fundadores y en los primeros pasos de toda disciplina. Y quien primero lo ha hecho es, sin lugar a dudas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo hizo en América. No cupo este designio a ningún autor o doctrinario alemán o italiano, que estaban debidamente equipados para ello, pues usan el término en fecha muy posterior (en Italia a partir de 1950 y en Alemania a partir de 1970).

2. LOS APORTES DE NICETO-ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO

La larga como fructífera producción académica de Alcalá-Zamora y Castillo empieza en la década del treinta del siglo XX. Así, a propósito de la experiencia de la Segunda República española da una conferencia que luego publica como folleto con el siguiente título: Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, Edit. Reus, Madrid 1933. En ella habla sobre el problema de la jurisdicción constitucional (pág. 16) y cita a Kelsen, en su famoso ensayo de 1928, como el fundador de una auténtica jurisdicción constitucional, y se refiere también al "proceso constitucional" que se tramita ante el referido Tribunal de Garantías, si bien es cierto que destaca que le han adosado otras funciones que en puridad no le corresponden. Así como de las partes en el proceso (pp. 41-44).

Posteriormente esta conferencia es recogida en un libro compilativo con el título genérico de Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional (Edic. de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944) en donde reproduce el anterior artículo (pp. 503-536) e incluye otros, entre ellos uno de 1938 en donde expresamente se refiere a una "legislación procesal constitucional" (pág. 51). Y la referencia a un Derecho Procesal Constitucional aparece inequívocamente en el título de la obra.

Pero durante su exilio argentino, Alcalá-Zamora trabajará intensamente colaborando con la "Revista de Derecho Procesal" fundada y dirigida por Alsina, y que fue - y sigue siendo - un referente importante en la disciplina, no obstante que dejó de circular hace varios años. En dicha "Revista" tenía a su cargo una sección titulada

“Miscelánea de libros procesales” y es ahí donde comenta un ensayo de Emilio A. Christensen sobre el Amparo publicado en una revista jurídica argentina (“Revista de Derecho Procesal”, año III, 2da parte, 1945, pp. 77-78). Alcalá-Zamora aprovecha la oportunidad para señalar que los procesos de Amparo y Habeas Corpus no deben ser regulados en códigos procesales civiles o penales, respectivamente, sino que como quiera que son instrumentos de carácter constitucional, en cuanto a jurisdicción y tramitación pertenecen al Derecho Procesal Constitucional (sic).

Más tarde, al trasladarse a México contratado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en donde permanecerá durante más de treinta años, publica su libro Proceso, autocomposición y autodefensa (Imprenta Universitaria, México 1947, con reimpressiones) en donde señala el nacimiento del proceso constitucional y agrega que Kelsen con su trabajo de 1928 es el creador de la nueva disciplina “derecho procesal constitucional” (pp. 214-215, edición de 1970). Y sigue la tesis de Jerusalem de que en Estados Unidos no existe una verdadera jurisdicción constitucional, pues no existe en este país un órgano ad-hoc para tales fines.

Las últimas intervenciones en este tema por parte de Alcalá-Zamora son marginales y además no dicen nada nuevo, sino que se remite a lo que antes ha escrito. Así lo vemos en la encuesta que le hace el “Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid” (número 2, 1979) y que reproduce en su libro Ensayos procesales, Edit. Tecnos, Madrid 1975. En el mismo sentido lo hace en su libro, uno de los últimos que publica en vida, titulado La protección procesal internacional de los derechos humanos, Edit. Civitas, Madrid 1975 (pp. 42-49) si bien se trata de la versión corregida y actualizada de un cursillo que impartió en México en 1969 y que publicó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México 1974) conjuntamente con otras aportaciones en torno a los derechos humanos.

De lo expuesto es fácil concluir que sin lugar a dudas, la carrera procesal de Alcalá-Zamora empezó, como era natural en aquella época, en el Derecho Procesal Civil, luego se extendió al Derecho Procesal Penal (como lo demuestra la obra en tres tomos preparada conjuntamente con Ricardo Levene, h. y publicada en Buenos Aires en 1945) y a otros temas procesales específicos, y sobre todo a aspectos generales de la teoría procesal o del Derecho Procesal general. Y en cuanto al aspecto propiamente dicho del Derecho Procesal Constitucional, intuyó la necesidad de su existencia en la década del treinta, pero solo le da nombre en el periodo 1944-1945 como he señalado, pero nunca más vuelve sobre el tema, sino solo tangencialmente. Esto no desmerece su aporte, pues es indudable que Alcalá-Zamora hubiera podido hacer contribuciones notables a este campo si es que se lo hubiese propuesto. Pero el hecho de que viviese en México en una época en que regía los destinos del país un partido hegemónico, respetuoso de las formas pero no por ello menos imperativo, y considerando además que él era un exiliado español que debía observar ciertas reglas de comportamiento, es más que probable que haya asumido

inconscientemente una cierta cautela para tratar estos temas, al margen de que probablemente le atrajesen más otros aspectos de teoría general o del proceso civil. Sin embargo, la semilla dio sus frutos, pues es a partir de ahí que se empezará a hablar del tema precisamente en México, por obra de sus discípulos, en especial, de Héctor Fix-Zamudio.

3. ALGO SOBRE KELSEN Y SUS APORTACIONES

Durante mucho tiempo se ha señalado que Austria, gracias a la iniciativa de Hans Kelsen, había creado el primer Tribunal Constitucional del mundo, lo que hoy día por reacción tiende a ser relativizado, al extremo incluso de ser negada tal primacía. Conviene pues, recordar algunos hechos que permitan poner las cosas en su justo lugar.

Por un lado, tener presente como dato inobjetable que la primera vez que el Tribunal Constitucional aparece en una Constitución es en la checoslovaca de febrero de 1920, a la que sigue la austriaca de octubre de ese mismo año, es decir, meses después. Igualmente, Kelsen, de origen judío, nació en 1881 en Praga, que sería más tarde capital del nuevo Estado llamado Checoslovaquia, ciudad que hoy es capital de la República Checa, al haber desaparecido aquella, teniendo como vecina a la República Eslovaca, cuya capital es Bratislava.

Ahora bien, el Imperio Austro-húngaro, heredero del Imperio austriaco, tuvo una vida relativamente corta -si lo comparamos con los grandes imperios de la Historia - y se extendió de 1867 a 1918, momento en el cual colapsó, en forma simultánea y en parte como producto de la conclusión de la Gran Guerra, que el mismo Imperio había provocado cuatro años antes, con motivo del asesinato del príncipe Francisco Fernando en Sarajevo. Como fruto de ese desmembramiento, nacieron tres Estados: Austria, Hungría y Checoslovaquia: el resto de territorios del Imperio se incorporaron a sus vecinos: Polonia, Rumania, Yugoslavia e Italia. Cuando Kelsen nació era pues ciudadano del Imperio Austro-húngaro y fue así como su familia se trasladó, siendo Kelsen niño, a Viena, en donde se educó, hizo sus estudios escolares y universitarios e inició su carrera docente. Cuando nace Checoslovaquia como Estado independiente en 1918, Kelsen no tuvo el menor interés en asumir la nacionalidad de tal Estado, sino que se conformó con ser austriaco. En tal calidad, fue asesor jurídico del Canciller (Primer Ministro) Karl Rehnner desde 1918 y colaboró en la confección de varios proyectos constitucionales, la mayoría de ellos incluyendo el rol de un Tribunal Constitucional, que en cierto sentido era heredero del Tribunal del *Reich* y cuyo objetivo no fue tanto el control de la constitucionalidad de las leyes - como lo fue en Estados Unidos - sino el control o equilibrio de la Federación y los *länder*. Así las cosas, se va a dar en Austria, con la presencia y colaboración de Kelsen al lado de otros juristas y políticos, la primera Constitución provisional en noviembre de 1918. La

siguen otras, pero durante esas deliberaciones, quedará aprobada la ley de 25 de enero de 1919 que crea expresamente un Tribunal Constitucional para el nuevo Estado, sobre la base de una exposición de motivos que prepara Kelsen, y que en realidad solo tiene de nuevo el nombre. Pero las competencias del nuevo Tribunal se amplían por otra ley de 14 de marzo de 1919, lo que finalmente conduce a la aprobación de la Constitución de octubre de 1920, que consagra la institución.

En su vecina Praga, capital del nuevo Estado checoslovaco y muy cerca de Viena, se pasaba por un proceso similar, y además se vivían otros problemas derivados de la lengua y de las diferencias entre los pueblos que lo componían. Este proceso es llevado a cabo por juristas y políticos checoslovacos que conciben y concretan un Tribunal Constitucional, por influencia tanto de la tradición austro-húngara -de la que había sido parte- como de la influencia de los debates habidos en la comunidad austriaca, de la que Kelsen fue principal animador y de la que estaban debidamente noticiados. Y por razones algo largas de explicar, es claro que el modelo checoslovaco es más afinado que el austriaco; este último, influido mucho por el positivismo kelseniano, demoró en perfeccionarse. No obstante esto, conviene recordar algunos datos:

a) el Tribunal Constitucional checoslovaco funciona de 1920 a 1931; luego está inactivo por falta de renovación de sus miembros y se extingue en 1938,

b) En ese dilatado lapso dicta una sola sentencia en 1922, sin trascendencia alguna; para efectos prácticos no funcionó,

c) A raíz de la guerra, Checoslovaquia atraviesa diversas vicisitudes, y finalmente pasa a ser satélite de la URSS en 1948. En tal condición, inaugura nuevamente un Tribunal Constitucional en 1968, pero para cuidar básicamente la legalidad socialista y que tras diversos cambios tendría una actividad discreta,

d) Checoslovaquia como país desaparece en 1993 y se parte en dos: la República Checa y la República Eslovaca.

A diferencia de esto:

a) Si bien modesto en sus orígenes (1919 y 1920) el Tribunal Constitucional austriaco tendrá un funcionamiento interesante de 1921 a 1929: intervenido en 1930, queda desactivado en 1934 y luego Austria es anexada a Alemania en 1938 por las tropas alemanas en forma pacífica y sin resistencia. Cabe recordar, por otro lado, que en el periodo 1918-1919 Austria recién independizada buscó anexarse a Alemania, proyecto que no prosperó,

b) Austria es ocupada tras la Segunda Guerra Mundial, pero su Constitución de 1920 y su Tribunal Constitucional, son restaurados en 1945 y están en funciones desde entonces, habiendo tenido una serie de cambios y mejoras desde 1970,

c) Si bien la creación del Tribunal Constitucional austriaco en 1919 fue solo en el papel - como con ironía señala Cruz Villalón - hay que recordar que las creaciones jurídicas empiezan precisamente en el papel - en las familias jurídicas romanistas - y se consolidan con el tiempo, lo que precisamente pasó con el Tribunal Constitucional austriaco,

d) Por el contrario, del enorme esfuerzo hecho por la clase política checoslovaca de crear un Tribunal Constitucional en febrero de 1920 - también en el papel, pues no hubo ley previa - no ha quedado absolutamente nada ni registro alguno, y su existencia se vuelve cada vez más difusa. Aun más, se tiene clara conciencia de la influencia austriaca sobre la naciente Checoslovaquia y no al revés.

De lo anterior se desprende que Kelsen no es el autor de la Constitución federal austriaca ni tampoco el creador del Tribunal Constitucional, sino en todo caso uno de sus autores y quizá el más importante. Atribuir a un solo hombre la creación de una Constitución entera y de una institución, es sin lugar a dudas una exageración de escuela.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que la fundamentación teórica de un Tribunal Constitucional solo se encuentra en Kelsen. Es él quien teorizó antes que nadie sobre el valor jurídico de la Constitución (en Europa, pues en Estados Unidos se aceptaba desde décadas atrás) y el que más insistió sobre el escalonamiento del orden jurídico, tal como lo concibe su escuela y él lo sistematiza en su libro *Teoría general del Estado* que es de 1925, curiosamente solo traducido al castellano (aun cuando hay una versión francesa del resumen que el mismo Kelsen preparó y del que también se hizo una temprana traducción castellana). Y fue Kelsen el primero y casi en solitario en fundamentar una jurisdicción constitucional con rigor y no solo de una jurisdicción estatal, como quería la tradición y lo aceptaba el mundo jurídico alemán, tal como lo expone muy bien en su intervención en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se lleva a cabo en Viena, en abril de 1928. La versión alemana de la ponencia de Kelsen a la que ya me he referido, utiliza el concepto de "jurisdicción constitucional". Pero en la versión francesa, que antecedió con una premisa y una mejor articulación en párrafos, se usan indistintamente los conceptos "jurisdicción constitucional" y "justicia constitucional" como equivalentes, que Kelsen nunca hizo, pues él siempre mantuvo la idea de que la justicia era un valor o dato metapositivo, y esa ambivalencia debe entenderse como una licencia que se tomó el traductor, que fue Charles Eisenmann, tal como se indica en el índice de contenidos de la "Revue du Droit Public..." de 1928, en donde apareció su ensayo.

Es decir, Kelsen no solo fue partícipe y co-autor del primer Tribunal Constitucional que aparece en Europa - no importa ahora su carácter defectivo, pero aparece normativamente - sino que fue magistrado y relator permanente del Tribunal, y además el primero que le dio una formulación teórica y fundamentación tan rigurosa y sugestiva, que ha sido casi inatacable durante varias décadas, y solo ahora aparecen cuestionamientos, pues se ven cosas que antes no se veían.

Por tanto, es evidente que no puede negarse el mérito de las contribuciones checoslovacas, pero lamentablemente dicho país hoy no existe y su influencia fue mínima durante el largo lapso en que existió solo de fachada, a diferencia del Tribunal austriaco, que no solo tuvo vida activa, sino un desarrollo posterior interesante y además

uno de sus gestores y magistrados le dio una fundamentación rigurosa, que nadie antes había hecho y con tal fuerza, que fueron necesarias varias décadas para poder remontar el modelo kelseniano, que pese a todo se mantiene como un referente obligado para los estudiosos. Muestra adicional de la resistencia que encontró en ciertos círculos la tesis austriaca, es la polémica que sostuvo Kelsen con Carl Schmitt, que tuvo resonancia y vasta influencia en la Europa de aquella época, y que hasta ahora perdura, si bien la tesis del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, es la que ha triunfado para efectos prácticos.

Como siempre sucede, los acontecimientos posteriores enriquecen y rectifican las primeras contribuciones, como es el caso de la experiencia europea de la segunda posguerra. Pero eso no puede desmerecer ni disminuir la importancia de la contribución austriaca en la formación

del modelo europeo de control constitucional, ni tampoco la teorización magistral que en su momento realizó Kelsen. Llamar, pues, al modelo europeo "austriaco" o "kelseniano" no importa desconocer méritos ajenos ni faltar a la verdad (cf. Otakar Flanderka, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie, tesis de doctorado, Fac. de Droit, París 1926; Charles Eisenmann, La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, L.G.L.G., París 1928 (reimpresión facsimilar por *Économica*, París 1986); Pedro Cruz Villalón, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, CEP, Madrid 1987; Beniano Caravita, Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi, I -La Corte Costituzionale austriaca-, CEDAM, Padova 1985; Theo Öhlinger, The genesis of the austrian model of constitutional review of legislation, en "Ratio Iuris", vol. 16, num.2, june 2003).

Notas

- * Ponencia presentada al Congreso de "Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional" (Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006).
-