UNIVERSIDAD Panamericana

RATIO DECIDENDI

2024 |

Justicia y jurisdicción constitucional

Justice and constitutional jurisdiction

Osvaldo Alfredo Gozaíni

Osvaldo A. Gozaíni

Universidad de Buenos Aires
http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-procesal/
osvaldo@gozaini.com

Recibido: 20 - 03 - 2024
Aceptado: 28 - 05 - 2024
Publicado en línea: 06 - 06 - 2024

Cómo citar este texto

Gozaíni, O. A. (2024). Justicia y jurisdicción constitucional. *Ratio Decidendi*, 2024, 1-19. https://doi.org/10.21555/rd.2024.3109

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike 4.0 International.

Resumen

Una de las más claras diferencias que tiene la jurisdicción constitucional europea respecto a la americana, está en la idea que se tiene del concepto "jurisdicción". Para el derecho constitucional es un poder o autoridad que tienen jueces y magistrados; mientras que para el derecho procesal es el deber de resolver controversias aplicando el derecho vigente a los hechos de la causa. Ninguno de estos explica que en Europa el poder no está en la institución judicial sino en un órgano político que, a pesar de su evolución, continúa el criterio de dar inteligencia a las normas o hechos constitucionales en conflicto; a diferencia de América que radica distintos modelos de jurisdicción constitucional (dentro o por fuera del Poder Judicial) permitiendo que la tarea de resolver controversias, articule la interpretación con la justicia del caso.

Palabras clave: Derecho Procesal Constitucional; Juez constitucional; Juez ordinario; Jurisdicción; Magistratura constitucional.

Abstract

One of the clearest differences between European and American constitutional jurisdiction lies in the understanding of the concept of "jurisdiction." In constitutional law, it is regarded as a power or authority held by judges, while in procedural law, it is the duty to resolve disputes by applying the current law to the facts of the case. None of these explanations, however, clarifies that in Europe, the power does not reside within the judicial institution but rather within a political entity that, despite its evolution, continues the criterion of interpreting conflicting constitutional norms or facts. In contrast, America hosts different models of constitutional jurisdiction (within or outside the Judiciary), allowing the task of resolving disputes to integrate interpretation with the justice of the case.

Palabras clave: Constitutional Procedural Law; Constitutional Judge; Ordinary Judge; Jurisdiction; Constitutional Judiciary.

Contenido

1. Definiciones y precisiones; 2. Juzgar e interpretar; 3. Fundamentos de la asimetría; 4. Deberes implícitos; 4. La independencia del Tribunal Constitucional

1. Definiciones y precisiones

La teoría general del proceso fue elaborada por Chiovenda sobre la base de tres pilares científicos identificados con el rol que ejercen los jueces en el proceso al decir el derecho (*juris-dictio*); con la función que tienen los abogados y las partes en el litigio (teorías de la acción), y finalmente, se analiza al proceso más allá de la regla técnica que supone.

En tiempos de elaboración dogmática, Kelsen ya había establecido la necesidad de dividir la jurisdicción constitucional de la justicia ordinaria, mientras la primera tenía a su cargo la defensa de la Norma Fundamental, la otra se ocuparía del control de legalidad. En ambos modelos los jueces serían la boca de la Constitución y de la ley, respectivamente.

Quedó planteado por entonces una segmentación que ponía dudas sobre la vigencia de una teoría general para todos los procesos, desde que la noción general de *juris–dictio* (decir el derecho), podía ser apropiada en la actividad a realizar, pero había distancias grandes entre *resolver* un desacuerdo entre partes e *interpretar* el derecho. Esta diferencia se tornó evidente cuando comenzaron a funcionar los tribunales constitucionales del modelo Kelseniano, en los que el centro neurálgico de la función fue ajustar la norma al espíritu de la Constitución; en cambio, los jueces del modelo difuso del tipo americano, cumplían dos obligaciones mínimas: resolver el conflicto que presentan las partes, y controlar la constitucionalidad del acto lesivo o de la norma cuestionada.

Por lo demás, la justicia común de las controversias civiles, comerciales, fiscales, administrativas, laborales, etc., quedaba en manos de un juez dirimente que debía subsumir los hechos en las normas vigentes.

En líneas generales, el pensamiento de Kelsen fue para defender el contenido pétreo de la Constitución, es decir, para evitar que ella sufriera desinteligencias con lecturas inconvenientes; mientras que el sistema americano dio a todos los jueces libertad de interpretación aunque acotados por el principio de la supremacía constitucional.

Pero la asimetría no es tan nítida ni precisa cuando se trata de definir la naturaleza jurídica del concepto de "jurisdicción", el que se puede atender como actividad exclusiva de los jueces, en cuyo caso un tribunal que no pertenece al Poder Judicial o no integra la administración de justicia, *no tiene jurisdicción*.

> "La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones: la normativa y la institucional. En la primera, el control de constitucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y, preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la Constitución. Desde esta óptica, los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad se convierten en 'juzgadores de la ley' y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, de esta forma, garantizar los derechos de los ciudadanos […]. En la jurisdicción constitucional de carácter institucional, el control busca la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado. En ella, los órganos que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional actúan como 'juzgadores de los poderes estatales> y resuelven las controversias concretas entre ellos, asegurando un desarrollo equilibrado de las relaciones entre poderes y entre autoridades de diversas circunscripciones territoriales" (Serrano Migalló, 2008, p. 882)

Cuando Kelsen planteó en la monografía *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* (Kelsen, 1994, p. 68) que los tribunales constitucionales debían estar fuera del Poder Judicial, pensaba en un modelo distinto que bajo la forma de una justicia especial ejerciera la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental.

El problema hipotético de definir si podían existir jueces que no fueran parte del Poder Judicial, no tendría inconvenientes con solo espejar el esquema con la institución del arbitraje; pero como la idea central del autor fue solucionar la "regularidad" de los actos creadores del derecho, es decir, la legislación, la crisis de identidad fue mayor.

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

Sostenía Kelsen que entre la creación de la ley y su ejecución no hay funciones estatales coordinadas, sino etapas que se articulan sucesivamente a partir de una norma superior, como son las del orden jurídico internacional, sigue con la Constitución, para llegar, en fin, a través de la ley, del reglamento, de la sentencia o del acto administrativo, a la ejecución material de los mismos.

La tesis argumenta que también la sentencia y los actos administrativos son creaciones individuales de derecho, son normas singulares y autónomas que necesitan, como las leyes, de un control o fiscalización. Por eso, la regularidad anunciada se comprende si se observa que, en cada grado, hay una reproducción o aplicación del derecho, y el control no es, sino, una forma de correspondencia entre un grado inferior y otro superior del orden jurídico.

La garantía de la Constitución la encontraba, así, en la forma de vigilar la regularidad de las acciones, de manera que fuera posible el control de constitucionalidad.

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

No puede ser controlador de la norma el mismo órgano que las crea. No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.

Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el Tribunal Constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder. La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.

Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución. Los requisitos para ejercer el control apuntan a la actualidad del conflicto y a la adecuación jerárquica que se enseña en este modelo.

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

Con estos argumentos nació la jurisdicción constitucional, que no miró siquiera si espejaba con la teoría general del proceso. García Belaunde sostiene que

> "[…] El gran teorizador es Hans Kelsen … Pero Kelsen y otros juristas, utilizaron *justicia* y *jurisdicción* como sinónimos. Aún más, es dable sostener que a esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción (y así lo comprobamos si revisamos su obra Teoría general del Estado, de 1925, a la que se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conociera los avances del Derecho Procesal. Kelsen habla de justicia y de jurisdicción constitucionales, como algo indistinto. Jamás pensó Kelsen que justicia hiciese referencia a valores. Para Kelsen decir justicia o jurisdicción constitucional, era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, esto es, tribunales al margen y fuera de la magistratura ordinaria. Y esto por cuanto la solución norteamericana, que Kelsen conocía muy bien, era inaceptable para los ojos europeos, que tenían que lidiar, todavía en aquella época, con la concepción robótica del juez, heredada de Montesquieu, y con la soberanía del parlamento; mitos ambos que iban a desmoronarse tan solo a partir de la década de los sesenta, lentamente, sobre todo en Francia y en Inglaterra (en especial con el ingreso de esta última a la Unión Europea)" (García Belaunde, 2001, p. 13).

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

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

La historia la hemos señalado en otras oportunidades (Gozaíni, 1996; 2009; 2020), y sirve para recordar una vez más, que la diferencia entre "confiar" y "no confiar" no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

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

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

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

La evolución nos lleva a compartir la afirmación de Cossío Díaz respecto a que, actualmente […]

> "No es posible seguir entendiendo la división de poderes como lo entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque no tenemos una división de clases sociales como la que proponía Montesquieu en el capítulo sobre 'La Constitución de Inglaterra' de su tan conocido y citado *Del espíritu de las leyes.* No podemos asignar cada una de las tres funciones al rey, a la aristocracia o al tercer estado, como se denominó posteriormente. En segundo lugar, tampoco podemos seguir imaginando la división de poderes como el elemento único o central para garantizar la libertad. Montesquieu es un pensador *preconstitucional*. Después de él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, de forma tal que la protección de la libertad ya no puede descansar en exclusiva en la división de poderes" (Cossío Díaz, 2008, p. 103.

Lo importante del planteamiento es situarlo en el contexto histórico. El concepto de jurisdicción constitucional no es teórico sino, esencialmente, una decisión de política del Estado. De allí que no sea posible hablar de jurisdicción constitucional con los soportes dogmáticos del derecho procesal, desde que son distintas las funciones de los jueces ordinarios y constitucionales, y en todo caso, el dilema mayor lo tiene el modelo difuso donde la actividad se confunde y unifica.

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

El fallo conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, no tanto de la ley específica, sino porque lo hacía sobre la *Judiciary Act* de 1789. De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas:

a) resolver los conflictos intersubjetivos;

b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y

c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

En suma, para comprender con mejores fundamentos el origen de plantear conceptos que, aun no siendo necesariamente opuestos, tienen significados distintos, es menester recordar un poco de historia. Es decir, hablar de *jurisdicción constitucional* o de *justicia constitucional*, originariamente no tenía sentido porque no se establecía, como actualmente, la diferencia entre el poder jurisdiccional y el valor del pronunciamiento.

Desde el famoso caso de Thomas Bonham (1610) se limita el poder real estableciendo valores superiores que, para el supuesto, fueron los provenientes del derecho natural. El jusnaturalismo se consolidó en las colonias inglesas y fue lógico que se trasmitiera a Estados Unidos hasta que ella reacciona con su independencia y modifica el pensamiento.

Es el germen del *common law*, vale decir, de un sistema reaccionario a la división del poder, al imperio de la ley escrita, a la limitación de las prerrogativas. Un modelo diferente al que

se consolida después de la revolución francesa, donde va a imperar el principio de legalidad, la codificación, el confinamiento del poder y el control recíproco en la división de funciones de gestión y aplicación normativa.

El *civil law*, dista del modelo anglosajón. Se basó en la cobertura escrita de las leyes y demás disposiciones. Si no está escrito no está en el mundo, se decía con valor de verdad incontrovertible. El juez tenía la misión de aplicar la ley, porque esa era la voluntad del pueblo, ahora convertido en el auténtico poder representado por el Parlamento. La ley es seguridad, certeza y la misma justicia representada en la sentencia que la aplica.

Como se ve, ya se planteaban tres corrientes:

a) el poder es absoluto y no se controla porque, simplemente, se ejerce con las limitaciones que emergen del derecho natural;

b) el poder se controla por el Parlamento que es el legítimo representante del pueblo;

c) al poder lo controlan los jueces a través de la revisión judicial (*judicial review*).

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

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

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

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

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional (Kelsen, 1996).

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

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

2. Juzgar e interpretar

Esta es la descripción histórica de los sistemas y modelos para el control de constitucionalidad, el que tiene una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Pero, en realidad, lo más importante está en atender que mientras el sistema de la confianza en los jueces acentúa la *justicia constitucional*, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución entroniza, el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la *jurisdicción constitucional*.

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

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

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

Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky –por otra parte, siempre inteligentemente fundadas-, donde sostiene que

> "[…] la fórmula derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional" (Zagrebelski, 2000, p. 400).

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

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

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

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

La quintaesencia de esta visión estrecha de la división de poderes –dice Günter Hirsch-

> "[…] radicaba en la idea de que no era función del tercer poder la de eliminar, a través de la interpretación, las dudas que suscitara la ley, sino asunto del primer poder mismo, puesto que estaba en juego el alcance de las leyes. El legislador tenía que estar mayormente sustraído al control y plenamente a la corrección del tercer poder. Para asegurar que así ocurriera, se marginó a la justicia. Los jueces eran, como explicaba Montesquieu, 'en cierto modo seres sin alma, incapaces de poderar la fuerza o el rigor de la ley', es decir, unos autómatas de la subsunción. Cuando la ilustración acaba apenas de elevarla a la categoría de poder propio del Estado, se privaba a la jurisdicción, en nombre de la misma doctrina política, de su principal instrumento de actuación y de su principal recurso de poder: la interpretación de la ley" (Hirsch, 2008, p. 128).

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

Esta es la razón por la cual Calamandrei, profundo conocedor del derecho procesal, es quien mejor advierte la trascendencia de tener tribunales constitucionales que realizan una función tan importante como la que se encarga.

En efecto, Kelsen se ocupó de mostrar la necesidad de mejorar el modelo para el control de constitucionalidad y su idea fascina al derecho público, particularmente al político, que encuentra una alteración sustancial en el esquema tradicional de la división de poderes. Por su parte, Calamandrei va a observar el tránsito necesario que se debe recorrer por el derecho procesal, antes que un Tribunal Constitucional pueda actuar.

Sostenía que para llegar a la Corte Constitucional era ineludible que cualquier cuestión fuera propuesta en el juicio ordinario, porque allí debía originarse el caso constitucional y la decisión a adoptarse. Por eso afirmó que

> "[…] el juez es llamado a hacer, se podría decir, de portero de la Corte Constitucional; incluso, se podría decir todavía mejor, la Corte Constitucional carece de su puerta grande, y no tiene otra entrada que la modesta puerta de escape representada por el juez. La Corte Constitucional y la administración de la justicia ordinaria viven, por decir así, en simbiosis, sin poder prescindir la una de la otra; si el juez ordinario no abre la puerta, la Corte no puede entrar en función; pero cuando la Corte ha entrado en función, el juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquélla haya terminado el suyo" (Calamandrei, 1986, p. 34).

En cambio, los americanos fuimos dominados por el movimiento constitucionalista que al modificar la tradición del ejercicio del poder, trajo consigo una impronta de equilibrio

y razonabilidad estableciendo una cuota de responsabilidad política en la división del poder estatal.

La supremacía de la Constitución se constituyó en una pauta de orden y respeto a las instituciones, siendo deber del Poder Judicial, de todos los jueces, controlar que ello se cumpliera.

Precisamente, cuando se quiere encontrar en la jurisdicción, como rol de los jueces en el proceso, la principal apoyatura para el derecho procesal constitucional, quizás no se advierta que para ello, primero es necesario coincidir el significado de lo jurisdiccional; después confrontar si la función que tiene el juez común es igual a la que desenvuelve un Tribunal Constitucional, y recién ahí, observar si el proceso constitucional tiene y encuentra aplicaciones coincidentes con la teoría del proceso.

En consecuencia, a pesar de que se encuentran numerosos trabajos que identifican la disciplina como jurisdicción constitucional, justicia constitucional, defensa de la constitución, etc., cada uno tiene un sentido distinto.

La *jurisdicción constitucional* es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales.

Sería el planteo "orgánico"; algo así como la investigación de los tribunales constitucionales en su faz organizativa, poderes y funciones.

La *justicia constitucional*, por su parte, se relaciona con la fuerza normativa de la Constitución, representa un sector del derecho procesal constitucional, pero bien puede asentarse en una disciplina diferente a este.

En síntesis –decíamos en nuestro libro "*La Justicia Constitucional*"-:

> "[…]Si la Constitución puede definirse en el sentido que aquí nos interesa, como una norma jurídica que garantiza los derechos de los ciudadanos, fundamentales para la convivencia político democrática, y que regula la organización, competencias y funcionamiento de los poderes públicos, gozando de la necesaria supremacía respecto del resto del ordenamiento jurídico, parece evidente que la Constitución responde a la idea originaria de limitación del poder, pero además, y por ello mismo, expresa también la necesidad de su propia permanencia; en efecto, sin una esperanzadora continuidad no puede confiarse en que la Constitución corone sus objetivos, ni se realicen los valores que proclama. De ahí la necesidad de un conjunto de especiales técnicas de defensa que aseguren su supremacía, dentro de las cuales tiene un lugar indiscutible las de naturaleza jurídica, y dentro de estas, la justicia constitucional" (Gozaíni, 1996, p.40).

3. Fundamentos de la asimetría

Si se busca en la jurisdicción uno de los asentamientos teóricos para el derecho procesal constitucional, tendremos que tomar lo que es propio para la disciplina y distanciarlo de cuanto corresponde al derecho puramente adjetivo.

El anticipo es necesario porque no existen aún estudios que hayan abordado el ensamble dogmático de la ciencia, asumiendo que solo basta razonar a la jurisdicción constitucional con el aprendizaje de la técnica. Vale decir, aceptando que es una "herramienta del control" a

diferencia del derecho procesal que tiene al proceso como "herramienta de los derechos sustanciales". De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo (métodos y sistemas).

Asimismo, se puede analizar el contenido de la jurisdicción confrontando los elementos que la componen en una y otra actividad (ordinaria y constitucional), para deducir de ella las particularidades que tiene la misión del juez que concreta la fiscalización del principio de la supremacía constitucional.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que "lo procesal constitucional" es una parte de las garantías y libertades de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la protección especial que se les propicia desde la Norma Fundamental. Este es un terreno donde abona la política procesal para diseñar el modelo dispuesto para ejercer el control.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

Nosotros sostenemos que el concepto de jurisdicción no es diferente en el derecho procesal constitucional, solo que adquiere una fisonomía muy distinta cuando se atiende el rol del juez en el proceso. Es decir, lo que diferencia al proceso común del constitucional es la actividad que partes y tribunal celebran.

Partamos de una base. El derecho procesal puede ser visto en el orden funcional con dos perspectivas: la del litigante que controvierte ante otro; o la jurisdiccional que disciplina el conjunto de actividades que desempeña el órgano judicial dentro del proceso (esta sería la mirada que necesita el derecho procesal constitucional). Sin embargo, no hay polaridad entre ellos, porque no son más que visiones que difieren en cuestiones mínimas como son las potestades del juez, los principios que cualquier litigio aplica, o las líneas maestras de la ideología que impera en la ciencia.

Podemos anticipar nuestra preferencia por atender el rol que cumple el juez en el proceso constitucional. Ello supone, en primer lugar, dar efectividad al principio por el cual el Estado, al asumir la potestad de resolver los conflictos intersubjetivos puede regular la disciplina social y un orden normal de convivencia, despejando los peligros de la autocomposición irrazonable, que cuando se trata de resolver sobre la legalidad normativa, no tiene más posibilidad que la declaración judicial.

Seguidamente, la formación del juicio, concientiza a la sociedad sobre los valores de la justicia y la equidad en la ponderación; por este consecuente se aplican las leyes y las reglas de la experiencia judicial, como también refleja la finalidad que las normas pensaron tutelar cuando fueron dictadas.

Este claro vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional, una sirve a la otra, recíprocamente. De ahí que no comulguemos con las doctrinas que proponen al derecho procesal como estrictamente instrumental y secundario del derecho sustantivo. La relación existente es horizontal, y como avenida entrecruzan sus móviles dando seguridad y respuesta al justiciable. Si hubiera alguna instrumentalidad estaría en el proceso, pero no en la ciencia.

En todo caso, el límite de la actividad se encuentra en las garantías que la jurisdicción debe preservar, teniendo como norte la eficacia del servicio. En suma, la instrumentalidad del proceso no se niega con la autonomía del derecho procesal, solo reafirma condiciones para su puesta en práctica, donde para ello, obran determinantes los fines y el objeto al que se destina.

Si fuese netamente servil o utilitario, algunas funciones jurisdiccionales quedarían invalidadas por el actuar en esa dirección. Por ejemplo: el régimen procesal de la legitimación es

bien diferente de la capacidad civil, de modo que se debe resolver la admisión al proceso con las reglas técnicas del derecho adjetivo.

Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma por un juez, no hace más que cumplir dentro del proceso con una actividad propia. También, la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo incorpora otro ingrediente, porque deja la jurisdicción de lado aquello que viene puesto para denostarlo por su falta de legalidad. En todos estos casos, no existe función secundaria ni complementariedad de las normas de fondo, sino una actuación propia y particular de la función jurisdiccional.

En consecuencia la función que tiene el derecho procesal es lograr la armonía y paz social a través del proceso, a cuyo fin, antes que regular la actividad de las partes en el conflicto de intereses que suscita el litigio, es menester resolver la función de los jueces dentro de la controversia.

En este aspecto las ideas se distancian. Unos argumentan que el rol es puramente neutral y desinteresado debiendo dictar sentencia tras valorar en abstracto el conflicto normativo. Otros no soslayan la posibilidad de la controversia particular, muchas veces llevada al juez constitucional (difuso) o al Tribunal Constitucional (concentrado) a través del juicio o recurso de amparo, sosteniendo que la función no es solo de ajuste técnico sino de ponderación que excede el interés de las partes, a cuyo fin el objeto no radica solo en resolver las diferencias entre adversarios, sino también en controlar la constitucionalidad de las leyes que en el caso se cuestiona.

Esta segunda línea admite la influencia de lo constitucional en el proceso, y la incidencia que tiene el derecho supranacional, que en conjunto llegan a formar una nueva disciplina cuya autonomía reclamamos.

La jurisdicción en el derecho procesal constitucional tiene que explicar el deber de los jueces y los poderes que tienen en el proceso jurisdiccional.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que

> "[…] la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, solo cuando la propia norma suprema se transforma en norma exigible, directamente, por los ciudadanos. Esto sucede a partir de dos procesos sucesivos. Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden" (Kelsen, 1994, p. 204).

Bajo este supuesto, el Estado constitucional de derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no solo acoge el principio de primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que, en su conjunto o en alguno de sus preceptos, no se adecúe a la norma constitucional.

> "El segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de Derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó, sobre todo a los

> jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible" (Landa, 2006, p. 139).

La interpretación, entonces, es la fuente primera que diferencia la actividad jurisdiccional. Es tarea de todo juez en cualquier proceso, pero cuando se trata de ajuste constitucional, es indelegable y particular la misión que se cumple.

Otros, en cambio, han dicho que es preferible asignar a la función jurisdiccional el "decir el derecho" (*iuris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable (sistema difuso); y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo *dura lex sed lex*.

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia justicias individuales. La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena, en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

En este sentido, cierto sector de la doctrina dice que el juez que desborda la interpretación de la ley es autoritario y no cumple el rol llamado a cumplir como ejecutor de la ley. Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación, es preciso entonces observar cómo se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

De este modo, la ciencia procesal actualmente disciplina, además del estudio sobre la técnica, la naturaleza del fenómeno jurisdiccional. En este sentido, hoy es necesario avanzar sobre los comienzos que tuvo el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), pues actualmente, la conexión no es con la titularidad del derecho (aunque pueda tomarse como presupuesto de admisión), sino con el derecho a ser oído.

Del mismo modo, aquellas garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, que siempre fueron vistas como integrantes de las garantías constitucionales del proceso, hoy sin transformar esa dimensión, impactan en cada uno de los procedimientos, fomentando un conjunto de exigencias que abandonan el programa de acción antes previsto.

Con ello se quiere demostrar que actualmente, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

4. Deberes implícitos

Cuando se pretende aplicar la teoría general del derecho procesal como modelo de base para la autonomía científica del derecho procesal constitucional, es imprescindible mostrar que no todo es igual ni aplicable. En este aspecto, los elementos que componen la jurisdicción, si bien pueden espejarse, no resulta semejante el funcionamiento.

La palabra jurisdicción se forma de *ius* y *dicere*, esto es, aplicar o decir el derecho. El significado y alcance de los términos ocupó a numerosos autores que procuraron descifrar la función jurisdiccional a partir de este enunciado. Juzgar y declarar el derecho fueron equivalentes al conocimiento de la causa y resolver el conflicto a través de la sentencia (*notio et iudicium*). La simplicidad de la relación podría llevar a creer que todo proceso constitucional es jurisdiccional, y no sería desacertada la conclusión.

Sin embargo, advertida la problemática desde sus cuestiones menores, observamos que no es posible considerar la existencia de elementos constitutivos de la jurisdicción, tomando como punto de partida la etimología, siendo mejor analizar las facultades y deberes que utiliza el juez en ejercicio de sus potestades. En efecto, el conocimiento predispuesto y la emisión de la sentencia componen una característica de la función pero ellas son inútiles o insuficientes si no se integran al conjunto de posibilidades que tiene el magistrado o el Tribunal Constitucional en su labor.

a) La *notio* es la primera de las cuestiones. Es el poder o facultad del juez para conocer en una causa determinada. Por ella, el tribunal toma intervención en el proceso y dispone que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que estime necesarias para ilustrar su entendimiento en los temas de hecho y de derecho que le son presentados.

El conocimiento (*cognitio*) no tiene más limitaciones que las impuestas por la organización política procesal, de forma que podrá ser de contenido liberal y dejar el proceso en manos de las partes (sistema dispositivo), o perseguir un sentido social y admitir que el juez en representación del Estado tiene un interés propio a consagrar sin mella al derecho de las partes.

En el acceso al Tribunal Constitucional pueden surgir iguales variaciones, pero no hace mella en la configuración del poder de conocimiento que se posee.

b) La *vocatio*, a su turno, es la facultad de requerir el comparecimiento del demandado a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuera emplazada a ese fin. Dado que la citación solo persigue trabar la litis en términos de bilateralidad y contradicción, puede verse en la ausencia o la rebeldía, la contrapartida de dicha facultad, sin que por ellas pierdan validez las resoluciones que el juez disponga sucesivamente.

Aquí la diversidad puede ser posible; pero cabe anotar que la inexistencia de bilateralidad en el proceso constitucional está caminando hacia una fantasía, toda vez que el amparo ha sumado cuestiones de esencia fundamental que se deben resolver a partes conocidas y enfrentadas, de manera que solo en las cuestiones abstractas o de pura consulta, se podría referir a la inexistencia de la facultad o poder de convocar a las partes a estar a derecho.

c) El tercer componente de las facultades jurisdiccionales es la *coertio* o *imperium* que consiste en la facultad de emplear la fuerza pública para imponer el acatamiento a las decisiones judiciales, pudiendo recaer sobre las partes (arresto por desacato), sobre terceros (testigo conducido al tribunal que fuera renuente a comparecer voluntariamente) o sobre bienes (secuestro de un objeto litigioso). Este poder sancionatorio opera en la faz represiva del proceso constitucional que se debe estudiar con el conjunto de herramientas que permiten el desarrollo regular del proceso constitucional.

d) El poder jurisdiccional más evidente es el *iudicium,* por el cual el juez o tribunal resuelve los conflictos a través de sus sentencias. Con ellas no solo responde al requerimiento de las partes, sino que puede complementar el equilibrio del Poder Estatal mediante el control de constitucionalidad de las leyes, o fiscalizando la razonabilidad de los actos administrativos.

e) Finalmente, se ha considerado que para el acto jurisdiccional, en sí mismo, es indispensable además del conocimiento, la posibilidad de ejecutar lo juzgado, a fin de no tornar ilusoria o lírica la sentencia pronunciada. Se agrega así la *executio*, como el poder jurisdiccional de ejecutar las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública o de los agentes de la jurisdicción. En esta etapa de la función no interesa el conocimiento sino la satisfacción del mandato judicial.

Actualmente la doctrina prefiere hablar de poderes radicados en la jurisdicción que se dividen en cuatro grupos:

a) *Poder de decisión*: por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato que se transmite con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho. La problemática de esta potestad está en reconocer el acto de autoridad que se vierte, de modo tal que algunos presuponen el nacimiento del derecho mismo, en tanto otros la asumen como acto natural y consecuente del imperio que se tiene.

Para nosotros este poder de decisión está presente en la jurisdicción constitucional. Su naturaleza es objeto de estudios diversos (que se corresponden con la naturaleza jurisdicción o política de la sentencia), pero no inciden en la tipicidad que le asigna al derecho procesal constitucional que, en este sentido, puede compartir el espacio con la teoría del proceso.

b) *Poder de coerción*: consiste en el poder de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia. La amplitud del concepto admite aplicarlo a todo aquel que incida en la buena marcha del proceso por una actitud negligente, culpable o directamente responsable del perjuicio. Son pasibles de sanción, en consecuencia, tanto jueces como abogados, partes como terceros o ajenos al litigio; todos ellos quedan involucrados en el área del principio de moralidad procesal, donde si bien los ordenamientos adjetivos no lo regulan expresamente, en cambio consagran esclarecidos conceptos que anticipan derivaciones por el desconocimiento provocado, o el apartamiento equívoco. Es decir, tornando prioritaria la conducta leal, proba y honesta, que son partes del mentado principio superior.

La buena fe procesal recepta aquí un modo de conducta, desplazando la convicción que tenga la parte con el derecho que lleva al pleito.

c) *Poder de documentación, investigación o instrumentación*: refiere a las facultades que recibe la judicatura para conformar el "clásico" expediente. La importancia anida en el carácter de instrumento público que le otorga a los documentos que se incorporan en foliaturas, siendo entonces un deber correlativo la conservación y custodia de ese conjunto de actuaciones escritas.

d) *Poder de ejecución*: a diferencia del poder de coerción, en este la fuerza pública tiende a resolver el mandato jurisdiccional. Es este un capítulo distintivo del derecho procesal constitucional que lo distancia de la teoría procesal de la sentencia.

Si bien es cierto resulta muy cómodo sostener que hay función jurisdiccional cuando es un tribunal el que interviene y dicta sentencias de carácter definitivo; tal afirmación corre el riesgo de confundir al intérprete cuando la misión de administrar justicia se reparte hacia otro conjunto de funcionarios que no ocupan lugar en el área de la magistratura como poder, pero que tienen autoridad por la división que ocupa la función jurisdiccional. El caso de los tribu-

nales constitucionales que no dependen del Poder Judicial (modelo europeo) que constituye el supuesto generalizado para provocar la discordia.

Sin embargo, pueden encontrarse soluciones estableciendo diferencias y perfiles propios. Para ello es preciso entender que no es un resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único. En efecto –dice García Belaunde-

> […] "la teoría procesal sostiene hoy en día que la jurisdicción, como emanación de la soberanía del Estado, es una sola. Pero siendo una, se atribuye a los diversos órganos o tribunales que la propia Constitución o la ley establecen. De tal suerte, lo que existe es una sola jurisdicción, que se canaliza a través de numerosos tribunales o salas, que tienen cada una, por así decirlo, un pedazo de esa jurisdicción. Esto es lo que se llama competencia. Dicho en palabras de Couture: la competencia es la medida de la jurisdicción. En un país, todos los jueces legalmente investidos tienen jurisdicción. Pero solo pueden intervenir en los casos para los cuales tengan competencia (en función del territorio, de la materia, de la cuantía, etc.) Y ella la tienen en virtud de reglas que les asignan el conocimiento de determinados asuntos. Por tanto, decir que hay jurisdicción constitucional solo cuando existe un tribunal *ad hoc* y al margen del Poder Judicial, es confundir los planos, ya que todos los tribunales tienen jurisdicción, sin excepción alguna, y más bien lo que existe, debidamente distribuida, es la competencia que se ejerce a través de jueces y tribunales especializados. Y esta es, en palabras de Alsina, la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado. Por tanto, si la Corte Suprema, cúspide del Poder Judicial, tiene competencia (dada por ley o por la Constitución) para declarar y resolver en asuntos constitucionales, todo lo demás es irrelevante. En primer lugar, tener competencia; en segundo lugar, resolver; y finalmente ejecutar: estos son, en síntesis, los pasos que se dan" (García Belaunde, 2001, p. 15).

La cuestión jurisdiccional de los tribunales constitucionales, puede encontrar otro matiz distintivo en la independencia que cuente el órgano para desenvolver su autoridad y magisterio.

La confusión sobre el tema tiene otros aspectos que ponderar. Es común oír en detalle sobre cómo se divide la jurisdicción; cómo se clasifica; cómo se reparte; etc. Cada una de estas menciones adolece de una gravísima falta de razón, pues lo que en realidad presentan con facetas propias y singulares, no son más que manifestaciones de la función jurisdiccional.

Cuando se divide la jurisdicción en civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativa, constitucional, etc., existe en realidad, una separación de la función con arreglo a la especialidad del objeto procesal. Otra diferencia podría hallarse en alguna posible variación en el régimen procedimental o en los principios y presupuestos adjetivos que la alientan. Es decir que esta distribución responde a la organización del sistema judicial, donde queda ratificado que el ejercicio de la función jurisdiccional proviene de una potestad atribuida en exclusiva, diversificando la función de juzgar (y ejecutar lo juzgado).

5. La independencia del Tribunal Constitucional

La independencia es una de las características de la jurisdicción, pero no constituye más que una manifestación necesaria de la autonomía funcional.

La característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia o con el de ajuste constitucional; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.

Hay además una perspectiva adicional que para nuestra materia es más importante. Ella se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien aplica, más allá de la autonomía propia que exige el juez o tribunal como parte de un sistema que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Inclusive, la posición institucional de los tribunales constitucionales demuestra que la cuestión de la independencia no es un tema superfluo, como bien muestra la historia con el caso del *Tribunal Constitucional del Perú*, o con los conflictos suscitados entre la jurisdicción constitucional y administrativa de Colombia, repitiendo en ese llamado "choque de trenes" el fenómeno también habido entre el Tribunal Supremo español y su Tribunal Constitucional.

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

> "en la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque esta de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por

> los gobernantes, como deber de los poderosos a favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición 'moderna' los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición 'antigua', en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad. Si se mira bien, la concepción 'objetivista' de los derechos, o de los derechos orientados a la justicia, habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero en realidad se refiere a deberes. En efecto, hace recaer sobre todos los hombres el deber de no impedir que los demás cumplan con su deber y el deber de cumplir con los suyos propios. La categoría primaria es la de los deberes, de la que los derechos no son más que la consecuencia cuando aquellos sean violados. No se contempla la posibilidad de renunciar a los derechos, porque eso significaría negar los deberes de los que derivan y a los deberes, evidentemente, no se puede renunciar (Zagrebelsky, 2002, p. 85).

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría de la argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo, hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

En su extensión, el rol del Tribunal Constitucional no es distinto desde que la autonomía para resolver puede encontrarse alterada por el reclamo político de acompañar una gestión ocasional, o pronunciar la validez constitucional de un verdadero desatino.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que se centran en la idea de la autoridad y que vendrían a justificar la obediencia al derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación es el pensamiento de Max Weber. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad, y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios, tiene la ventaja de concretar las llamadas "garantías de la jurisdicción", que forman parte de los contenidos del derecho procesal constitucional, donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan con su vigencia y puesta en práctica.

La noción de justicia *independiente* e *imparcial* es, entonces, un requisito de validez para el proceso, y una garantía que promete la jurisdicción. A veces depende de factores externos como decisiones políticas (v.gr.: cuando se designan jueces comisionados, de excepción, incompetencias manifiestas, etc.) o situaciones de excepción (v.gr.: gobiernos de facto, dictaduras, estado de sitio, etc.) que comprometen la regularidad del trámite y socavan los cimientos del debido proceso; en otras, se ponderan las calidades de la función y, en consecuencia, la independencia e imparcialidad pasan a la condición de valores.

Cabe aclarar que la independencia que referimos se relaciona con la autonomía que tiene el juez para resolver liberado de influencias y hostilidades; sin tratar en el punto la independencia funcional.

Referencias

Calamandrei, P. (1986). *Derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Editorial Egea.

Cossío Díaz, J. R. (2008). La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 14, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.

García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Temis.

Gozaíni, O. A. (1996). *La justicia constitucional*. Depalma.

Gozaíni, O. A. (2009). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires. La Ley.

Gozaíni, O. A. (2020). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires. Jusbaires.

Hirsch, G. (2008). La jurisdicción en el Estado de Derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 14, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.

Kelsen, H. (1994). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional).* México. Universidad Nacional Autónoma de México.

Kelsen, H. (1996). ¿Q*uién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid. Tecnos.

Landa, C. (2006). *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n. 15. México: Porrúa.

Serrano Migalló, F. (2008). Jurisdicción constitucional y política. En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), Porrúa.

Schmitt, C. (1931). Der Hüter der Verfassung. Mohr.

Zagrebelsky, G. (2000). *¿Derecho Procesal Constitucional?* Traducción de Giovanni F. Priori Posada. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, IV.

Zagrebelsky, G. (2002). *El derecho dúctil*, 4ª edición. Trotta.