DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

TEMIS

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Domingo García Belaunde, 2021
© Editorial Temis S. A., 2021
Calle 17 No. 68D-46, Bogotá
www.editorialtemis.com
e-mail: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0331-2
1963 20010003000
ISBN e-book 978-958-35-1679-5

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A la III Promoción "Domingo García Belaunde" de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el reconocimiento y la gratitud del autor.

A José F. Palomino Manchego y a Gerardo Eto Cruz.

PRÓLOGO

Reúno en este libro un total de diez ensayos sobre lo que el título enuncia, esto es, el *derecho procesal constitucional*, disciplina muy nueva aún y en plena discusión, para denominar lo que desde los años treinta, en Europa, y desde los cincuenta, en América Latina, se conoce como *jurisdicción constitucional*.

Se trata de ensayos escritos en circunstancias distintas, que versan sobre la problemática teórica de la novel disciplina, y también sobre aspectos prácticos que se presentan en nuestro continente. No es, por tanto, un libro escrito orgánicamente —si bien la temática es orgánica—, sino que responde a una sola inquietud que me preocupa desde hace algunos años. Por cierto, no están todos los textos que deberían estar, pues existen ineludibles limitaciones de espacio, pero se incluyen los más representativos.

La primera edición de este libro, hoy agotada, data de 1998, y fue impresa por la Editorial Marsol en la ciudad de Trujillo (Perú), al cuidado de mi dilecto amigo Gerardo Eto Cruz, quien se encargó de ella y le antepuso un analítico y muy generoso estudio preliminar. Esta segunda edición, por razones de espacio, ha prescindido de dicho estudio, así como de un breve apéndice, y lo ha cubierto con otros ensayos sobre la misma materia, que han hecho doblarla en extensión en comparación con la primera. Aparte de esto, todo el texto ha sido sometido a revisión y se le han añadido algunas notas para su mejor comprensión, así como se ha cuidado de precisar las fechas de cada ensayo, para su adecuada ubicación. Sin embargo, todo es actual y panorámico, y por consiguiente, bien puede decirse que es un libro nuevo en comparación con la edición anterior.

Como se sabe, el tema de la jurisdicción constitucional, o mejor, del derecho procesal constitucional, como se tiende a llamarlo hoy día —y así pretendo haberlo demostrado—, se inicia muy tarde en América Latina, pero es interesante señalar que, en forma corporativa, se planteó por vez primera en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se llevó a cabo en noviembre de 1977, en Sochagota, en las afueras de Bogotá, con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y organizado por la Universidad Externado de Colombia, y su dinámico artífice, el profesor Carlos Restrepo Piedrahíta (sus actas fueron publicadas años más tarde, pero no han perdido actualidad).

Desde entonces, hay mucho que se ha publicado y son innumerables los certámenes, congresos, conferencias y cursos que se han dedicado a lo mismo. Y ya en lo personal, he colaborado a esta expansión desde mi muy modesto sitial académico, y he seguido su desarrollo, desde que asistí siendo aún joven, al en-

cuentro de Sochagota, hasta nuestros días. Y por cierto, son muchos los que se han entregado a esta tarea, dedicándole libros y ensayos de muy alta jerarquía, que han servido de orientación y estímulo para todos los que hemos venido después (como es el caso, ejemplar en América Latina, de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO).

Lo que importa señalar de estos ensayos aquí reunidos, es que si bien se nutren con la mejor doctrina sobre la materia —pues aquí no queda sino seguir a los grandes maestros—, todo esto ha sido asimilado y desarrollado desde una atalaya latinoamericana, ya que nuestro continente, como queda insinuado en uno de ellos, luce una fisonomía con caracteres peculiares en esta materia, difícilmente asimilable a los clásicos modelos americano y europeo (vigentes aún, con diversos matices y modalidades).

Que este libro se publique, totalmente remozado, en Colombia, es algo muy satisfactorio para mí, no solo por los fuertes vínculos que conservo con muchos de sus juristas, sino por la gran calidad de su tradición jurídica y por el prestigio de la Editorial Temis, a cuyos directivos debo agradecer la inclusión de esta obra en sus catálogos.

Lima, octubre de 1999-febrero de 2000

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
(Antecedentes, concepto, contenido y perspectivas)

PÁG.

1. Las inevitables limitaciones 1
2. El "nomen iuris" 2
3. Los orígenes del nombre 3
4. La guerra de palabras 5
5. Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto? 7
6. Otra posibilidad: el derecho constitucional procesal 9
7. Los contenidos: acción, jurisdicción y proceso 11
8. Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional 13
9. Derecho procesal constitucional: b) procesos constitucionales 19
10. Derecho procesal constitucional: c) órganos constitucionales 20
11. Orígenes y desarrollo de la disciplina en Perú 21
12. Consideraciones conclusivas 23

CAPÍTULO II

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN PERÚ

I. *Control de la constitucionalidad de las leyes*

1. Antecedentes históricos y normativa actual 25
2. Tipo de control 27
3. Normas objeto de control 28
4. Tribunales encargados del control 30
5. Legitimación procesal 32
6. Efectos de las sentencias 33
7. Breve comentario sobre la efectividad de este control 34

II. *Instrumentos procesales protectores de los derechos humanos*

PÁG.

8. Antecedentes históricos y normativa actual 35
9. Instrumentos procesales 37
   A) Aparición histórica y ordenación actual 37
   B) Configuración jurídica 37
   C) Derechos protegidos 37
   D) Eficacia frente a poderes públicos y particulares 40
   E) Legitimación procesal 41
   F) Órganos ante los que se interpone 42
   G) Efectos de las sentencias. Recursos 43
   H) Relación con las vías paralelas. Subsidiariedad 44
   I) Relación con los estados de excepción 45
   J) Breve comentario sobre su vigencia 46

III. *Jurisdicción supranacional*

10. Reconocimiento de la jurisdicción supranacional 48
11. Requisitos para acceder a la Corte Interamericana 49
12. Efectos de las sentencias 49

Capítulo III

EL "HABEAS DATA" Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA

1. Liminar 53
2. Terminología 54
3. ¿Derecho instrumental? 55
4. "Habeas data" ¿figura autónoma? 57
5. "Habeas data" ¿instituto legal o constitucional? 58
6. El caso peruano 60
7. Apéndice jurisprudencial 62
   A) Primera instancia 62
   B) Segunda instancia 67
   C) Corte Suprema 72

Capítulo IV

EL AMPARO COLONIAL PERUANO

1. A manera de explicación 79
2. El libro de Lira 80

PÁG.

3. Antecedentes y orígenes 81
4. El amparo colonial mexicano 82
5. ¿Y Perú? 83
6. Los papeles de la hacienda "Santotis" 84
7. ¿Es el amparo colonial peruano un antecedente o un origen de nuestro actual amparo? 85
8. Conclusión 86

Capítulo V

EL "HABEAS CORPUS" LATINOAMERICANO

1. Del "habeas corpus" sajón al "habeas corpus" latinoamericano 89
2. El "habeas corpus" en América 90
3. La constitucionalización del "habeas corpus" 91
4. Cuba y Puerto Rico: dos casos especiales 92
5. Las complejas realidades normativas 93
6. Los orígenes sajones 94
7. El "habeas corpus" en España 96
8. La recepción en América Latina 97
9. Algunos temas del debate 101
10. Peculiaridad en su desarrollo 101
11. Otros instrumentos protectores 102
12. Derechos humanos y democracia 104
13. Abusos de los particulares 105
14. Ubicación procesal 105
15. Juez competente 109
16. Relaciones con el proceso penal 109
17. Los estados de excepción 113
18. Líneas conclusivas 115

Capítulo VI

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

1. Alcance del concepto 117
2. Procesos constitucionales 119
3. Acción de "habeas corpus" 120
4. Acción de amparo 121
5. Acción de "habeas data" 123
6. Acción de inconstitucionalidad 124
7. Excepción de inconstitucionalidad 124

PÁG.

8. Acción popular 125
9. Acción de cumplimiento 125
10. Proceso competencial 126
11. Acusación constitucional 126
12. Conclusiones 127

Capítulo VII

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y ÉL MODELO DUAL O PARALELO

1. Liminar 129
2. Los modelos 130
3. Originarios y derivados 132
4. El modelo dual o paralelo 133
5. Los otros tribunales constitucionales en América Latina 136
6. La virtualidad del modelo dual o paralelo 139

Capítulo VIII

PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

1. Antecedentes 143
2. Acción directa de declaración de inconstitucionalidad 144
3. Recurso extraordinario y recurso especial 145
4. "Habeas corpus" 146
5. Mandato de seguridad ("mandado de segurança") 146
6. Mandato de seguridad colectivo ("mandado de segurança coletivo") 147
7. Mandato de injunción ("mandado de injunção") 147
8. "Habeas data" 148
9. Acción popular 148
10. Conclusión 149
11. Anexo legislativo sobre el mandato de seguridad 149

Capítulo IX

EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES: NUEVAS PERSPECTIVAS

1. La situación actual 157
2. Tesis negativa y tesis permisiva 158

PÁG.

3. El dato constitucional 159
4. El primer caso 160
5. Procedimiento regular... 161
6. Sigue: procedimiento regular 162
7. Los derechos humanos del procesado 163
8. Algunas propuestas 165
9. El debido proceso legal como referente 166
10. Algunas perspectivas 167

Capítulo X

DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Planteo del tema 171
2. La vertiente europea 174
3. El debate sobre los tribunales constitucionales 176
4. La experiencia latinoamericana 178
5. Aparición del debate doctrinario 181
6. ¿Una nueva disciplina? 183
7. ¿Derecho jurisdiccional constitucional? 186
8. Una muestra de las variantes latinoamericanas 190
9. Los contenidos del derecho procesal constitucional 193
10. La enseñanza del derecho procesal constitucional 196
11. Un "syllabus tentativo" 199
12. Oteando el horizonte 206

Índice de autores 207

Capítulo I

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL[*]
(Antecedentes, concepto, contenido y perspectivas)

Sumario: *1. Las inevitables limitaciones. 2. El "nomen iuris". 3. Los orígenes del nombre. 4. La guerra de palabras. 5. Derecho procesal constitucional: ¿procesal, constitucional o mixto? 6. Otra posibilidad: el derecho constitucional procesal. 7. Los contenidos: acción, jurisdicción y proceso. 8. Derecho procesal constitucional: a) jurisdicción constitucional. 9. Derecho procesal constitucional: b) procesos constitucionales. 10. Derecho procesal constitucional: c) órganos constitucionales. 11. Orígenes y desarrollo de la disciplina en Perú. 12. Consideraciones conclusivas.*

1. Las inevitables limitaciones

Los problemas teóricos de una disciplina, y más aún, si se trata de su naturaleza jurídica, tenemos que abordarlos con cautela, advirtiendo desde el inicio las limitaciones ante las cuales nos encontramos.

Precauciones que, como lo sabe toda persona situada dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en donde nace el *derecho*, aunque la consolidación sobreviene mucho después, en largo periplo que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tan vastos conocimientos tenemos que saber por dónde andamos, cuánto avanzamos, o si es que estamos dando vueltas en torno de algo útil. Además, tratándose del derecho procesal —y aquí aceptamos provisionalmente que el derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle—, el asunto se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna, en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento, por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven, que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades,

[*] Discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho (Lima, 4 de agosto de 1997).

sobre todo en cuanto al derecho público interno. En consecuencia, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado solo en los aspectos principistas o de partida, debe ser consciente de estas limitaciones.

2. El "nomen iuris"

Lo primero que nos toca afrontar es el problema del nombre, puesto que, según los países, los autores y las distintas tradiciones jurídicas, los nombres utilizados son muy variados y no siempre coincidentes entre sí. Como se sabe, en Estados Unidos la problemática procesal de la Constitución, en su parte medular, se conoce como *judicial review*, cuya traducción literal es *revisión judicial*. Pero como siempre sucede con las traducciones técnicas, su equivalente en castellano no significa gran cosa. Aún más, existiendo un cuerpo doctrinal y jurisprudencial acerca de la "revisión judicial" (cfr. John H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review,* Harvard University Press 1980), ella es objeto de estudio en los manuales de derecho constitucional, porque se considera que este tema es propio de lo constitucional. Con el agravante de que el problema constitucional apenas lo ve en definitiva la Corte Suprema de Estados Unidos, incidentalmente, en juicios que versan sobre asuntos civiles, laborales, tributarios, penales, etc.; y solo desde el ámbito de ellos y si el Tribunal Supremo lo estima imprescindible, se podrá hacer un examen o *aproach* constitucional. Ello es así, por la especial estructura del derecho sajón, tan alejado de nuestra sistemática y muchas veces distinto del nuestro en cuanto a nombres, divisiones y pertenencias. Por tanto, la rica experiencia norteamericana no nos ayuda mucho en este planteo inicial.

Existen otros calificativos como: control judicial, defensa de la Constitución, control constitucional, justicia constitucional. De todos ellos, algunos son muy amplios (por ejemplo, el caso de control constitucional o defensa de la Constitución) y otros que pueden ser muy estrechos (como control judicial de la constitucionalidad). Más bien, los de "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional" son los que se han expandido más rápidamente. Así como se habla de *justicia civil* o *justicia penal*, se ha utilizado la expresión *justicia constitucional*. En igual sentido lo es jurisdicción constitucional, que, como decimos, coexiste muy ampliamente con aquella.

Podría decirse, teniendo en cuenta los congresos, las numerosas publicaciones, incluso las especializadas (libros y revistas), las mesas redondas, cátedras, etc., que las expresiones que más uso tienen son "justicia constitucional" y "jurisdicción constitucional", tomadas generalmente como sinónimas.

Pero es indudable que al hablar de una justicia o de una jurisdicción constitucionales, por la gravitación de las cosas, ello nos lleva a teorizar sobre su contenido, que se da a lo largo de un proceso, y que conduce inevitablemente a un planteo más amplio, abarcador y que da sentido a toda esa actividad. Y eso solo puede ser el derecho procesal constitucional, como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución. Así, la aparición de esta nueva disciplina procesal remata el edificio del moderno derecho constitucional que se construye desde hace más de setenta años, es decir, desde los inicios del período de entreguerras. Si el derecho civil no puede realizarse ni complementarse sino con el derecho procesal civil, en igual forma el derecho procesal constitucional sirve de cierre al edificio del moderno constitucionalismo.

Pero esta disciplina procesal todavía está en ciernes. Hay dudas sobre su alcance, su contenido y hasta de su utilidad. Estas líneas intentan agregar algo propio que sirva para apuntalar su necesidad y su vigor.

Aceptemos, pues, la expresión "derecho procesal constitucional", con cargo a mayores precisiones.

3. Los orígenes del nombre

Es difícil decir cuándo surge la locución "derecho procesal constitucional". Lo más probable es que sea una frase propia del período europeo de entreguerras y seguramente factura de algún procesalista.

Igual imprecisión existe en el mundo hispánico. Al parecer, es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el primero que contribuyó a divulgarla en los pueblos de origen español, en conferencias y artículos que publicó desde la década del treinta (así, véanse sus ensayos *El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil*, de 1938, y *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, de 1933, ambos ahora reunidos, con adiciones, en su libro *Ensayos de derecho procesal-civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edic. Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944). Posteriormente, Alcalá-Zamora utiliza esa expresión en su libro *Proceso, autocomposición y defensa*, México, UNAM, 1947 (hay ediciones posteriores).

Por la misma época, Eduardo J. Couture publica una obra en la que reúne diversos ensayos bajo el título genérico de *Estudios de derecho procesal civil*, 3 tomos, Buenos Aires, Ediar, 1948 (con varias reimpresiones). En el primer tomo hay tres estudios relacionados con la problemática constitucional, que el autor une en una sola sección bajo el siguiente título:

Casos de derecho procesal constitucional. Más tarde, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO lo utiliza al analizar las contribuciones de CALAMANDREI a nuestra disciplina (cfr. "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 23, julio-septiembre de 1956) y el mismo nombre aparece en uno de los capítulos de su libro *El juicio de amparo,* México, Edit. Porrúa, 1964. Y desde entonces, el término ha ido en aumento.

En lo relativo al Perú, creo que la primera vez que este vocablo se introduce entre nosotros es en mi libro *El* "*habeas corpus*" *interpretado* (Universidad Católica, Lima, 1971, pág. 21), y que luego reitero y amplío en mi ponencia sobre "La jurisdicción constitucional en el Perú", de 1977 (en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, tomo I, Lima, 1989,) y en *El* "*habeas corpus*" *en el Perú,* Lima, Edic. Universidad de San Marcos, 1979 (pero terminado en 1975).

En España, el nombre cobra auge desde el libro pionero de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional,* Madrid, Edit. Civitas, 1980. E igual podemos decir de otros países europeos, en especial Alemania, Austria e Italia. Si bien en Italia, en donde hay muy valiosos trabajos, se utiliza en forma dominante el de *justicia constitucional* (véase por todos *Scritti su la giustizia costituzionale,* In onore di Vezio Crisafulli, 2 vols., Padova, CEDAM, 1985 y GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale,* Bologna, Il Mulino, 1988)[1].

En América Latina hay muchos ensayos en esta línea. Así en Brasil (por ejemplo, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo constitucional,* São Paulo, Saraiva, 1987 y ROBERTO ROSAS, *Direito processual constitucional,* São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 1983, con contenido heterodoxo). En fecha reciente, tenemos los de RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE (*Derecho procesal constitucional,* San José, Juricentro, 1995); OSVALDO A. GOZAÍNI (*Introducción al nuevo derecho procesal,* Buenos Aires, Ediar, 1988; *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos,* México, UNAM, 1995) y ERNESTO REY CANTOR (*Introducción al derecho procesal constitucional,* Bogotá, Edit. Universidad Libre, 1994). Entre nosotros, GERARDO ETO CRUZ, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, 1990.

Por cierto, esto solo es una muestra panorámica de los principales hitos que representan este avance. Ello se confirma cuando la obra mo-

[1] Sin embargo, ALESSANDRO PIZZORUSSO usa la denominación *diritto processuale costituzionale* en su reciente colaboración al volumen organizado por JORGE MIRANDA, *Perspectivas constitucionais*, I, Coimbra Editora, 1996.

numental de NÉSTOR P. SAGÜÉS, iniciada en forma suelta con volúmenes dedicados al amparo, *habeas corpus* y recurso extraordinario, ahora los reordena bajo el título común de *Derecho procesal constitucional,* en cuatro tomos, precedidos por una penetrante introducción teórica (Buenos Aires, Edit. Astrea, 1988).

Y así se han sucedido los congresos, los foros, los seminarios y las cátedras. Adicionalmente, la literatura sobre la materia, tanto en América Latina como en Europa, crece en forma incontrolada. Es inmensa y se ha vuelto inmanejable. Pero, anotemos, casi toda ella se agrupa bajo el título de "justicia constitucional" o "jurisdicción constitucional", que además es usado convencionalmente con fines editoriales (véase la voz "jurisdicción constitucional" por DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, en *Enciclopedia Jurídica Omeba,* "Apéndice", t. VI, Buenos Aires, 1990, al cual me remito para mayores precisiones bibliográficas).

4. LA GUERRA DE PALABRAS

Los orígenes doctrinarios de nuestra temática se encuentran, como queda dicho, en el período europeo de entreguerras. Y la teorización va acompañada de un nombre: *justicia constitucional* o *jurisdicción constitucional*. Así figura en varios autores franceses de la época (cfr. las colaboraciones de DUEZ, LAMBERT y otros al *Mélanges Maurice Hauriou,* Paris, Sirey, 1929), y también en algunos autores alemanes. El gran teorizador es HANS KELSEN (cfr. de este autor, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, de 1928, traducción de ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN y revisión técnica de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: "La garantía jurisdiccional de la Constitución" en *Ius et Veritas*, núm. 9, noviembre de 1994, y "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana", traducción de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, en *Ius et Veritas*, núm. 6, junio de 1993; los textos completos de KELSEN sobre esta materia en *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981).

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 cual 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 que justicia hiciese referencia a valores. Para él, decir justicia o jurisdicción constitucional era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, es decir, 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).

KELSEN, como he indicado, entendía que la jurisdicción, si bien atributo del Estado, se distribuía en tribunales. Y por eso pregonaba la necesidad (en una Europa sujeta a viejos mitos) de que existiera una jurisdicción especial, esto es, un tribunal distinto del ordinario, en el cual la tradición europea nunca confió.

Por eso, NICETO ALCALÁ-ZAMORA señala que es a HANS KELSEN a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz (primero fue KELSEN teórico de la institución y luego juez del Tribunal Constitucional austriaco desde 1921 a 1930).

Pero es indudable que al hablar de jurisdicción constitucional, si bien el nombre es limitado, nos remitimos, sin querer, al derecho procesal constitucional. Es igual que si hablamos de jurisdicción civil: tarde o temprano terminaremos haciendo derecho procesal civil. Lo que sucede es que este paso audaz no lo dio KELSEN, no solo porque carecía de formación procesal, sino porque la vida lo llevó por otros derroteros, en especial, a la teoría del derecho, temas filosóficos y sociológicos vinculados al derecho, así como al derecho internacional público.

En consecuencia, aun cuando sigamos hablando de justicia o jurisdicción constitucional, usados ambos como sinónimos, es evidente que estamos apuntando al derecho procesal constitucional. El hecho de que este concepto no tenga aún un uso generalizado, es una clara muestra de la inmadurez y sobre todo de la juventud de nuestra disciplina. De ahí los numerosos errores, imprecisiones o malentendidos que todavía imperan (para un planteo distinto, cfr. a RODOLFO PIZA E. "Justicia constitucional y derecho de la Constitución", en AA. VV., *La jurisdicción constitucional*, San José, Juricentro, 1994).