

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL ORIGEN CIENTÍFICO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (1928-1956)

Eduardo FERRER MAC-GREGOR*

“Nos encontramos en el comienzo, en el amanecer de una disciplina procesal que promete un florecimiento inusitado, por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguardia de la Constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas”.

Héctor FIX-ZAMUDIO (enero de 1956)¹

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *Justicia constitucional y derecho procesal constitucional. ¿Desarrollos paralelos: Europa-Latinoamérica?* III. *¿Convergencia o convivencia?* IV. *Hacia la consolidación de una disciplina autónoma*. V. *La ciencia procesal y la ciencia constitucional*. VI. *El derecho procesal constitucional como fenómeno histórico-social y como ciencia*. VII. *Kelsen: ¿fundador del derecho procesal constitucional? (1928-1942)*. VIII. *Alcalá-Zamora y el bautizo de la disciplina (1944-1947)*. IX. *Couture y las garantías consti-*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (eferrerm@ervidor.unam.mx); profesor de Derecho procesal constitucional en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad; director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.

¹ “El derecho procesal constitucional”, *La Justicia*, enero de 1956, pp. 12300-12313, en p. 12302. Este artículo reproduce el “capítulo III” de su tesis de licenciatura denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, México, UNAM, 1955. La cita se encuentra en la p. 62.

tucionales del proceso (1946-1948). X. Calamandrei y su contribución dogmática procesal-constitucional (1950-1956). XI. Cappelletti y la jurisdicción constitucional de la libertad (1955). XII. La tesis conceptual y sistemática de Fix-Zamudio. (1955-1956). XIII. Epílogo.

I. EXORDIO

El año 2006 se encuentra cargado de significación histórica para el derecho procesal constitucional. Confluyen cinco aniversarios importantes. Por una parte se conmemora el centenario del natalicio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), que como veremos más adelante fue el primer jurista en visualizar la existencia de una nueva disciplina jurídica y otorgarle su *nomen iuris*.

También se cumplen cincuenta años del fallecimiento de dos eminentes procesalistas, Eduardo J. Couture (1904-1956) y Piero Calamandrei (1889-1956). Ambos pertenecientes a la mejor corriente del procesalismo científico, que desde diversos ángulos abordaron su disciplina teniendo en cuenta el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que les permitió realizar contribuciones esenciales a la dogmática procesal-constitucional. El último de ellos, incluso, con una participación directa en la actual Constitución democrática italiana de 1947 y en la creación de la *Corte Costituzionale*, que celebra, asimismo, su quincuagésimo aniversario de funcionamiento (1956-2006)² y de su primera sentencia que fue pronunciada el 14 de junio de ese mismo año.³

Como un azar del destino otro acontecimiento se suma a los anteriores: las “bodas de oro” en la producción científica de Héctor Fix-Zamudio (1956-2006). Sus aportaciones al derecho procesal constitucional han resultado fundamentales para su aceptación como disciplina autónoma,

² Cfr. varios autores, *1956-2006: Cinquant' anni di Corte Costituzionale*, Roma, Corte Costituzionale, 2006, 3 ts. Su funcionamiento real se considera tuvo lugar a partir del discurso pronunciado por el presidente de la Corte, Enrico de Nicola, en la audiencia inaugural del 23 de abril de 1956 en presencia Giovanni Gronchi, presidente de la República. Véase la colección de libros *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana* que está publicando la editorial Scientifich Italiane en Nápoles, sobre la jurisprudencia constitucional de este tribunal en sus primeros cincuenta años.

³ Sobre este histórico fallo, véase Calamandrei, Piero, “La prima sentenza della Corte Costituzionale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956-II, pp. 149-160.

como lo hemos puesto de relieve en un trabajo anterior.⁴ El presente ensayo tiene por objeto analizar el origen científico del derecho procesal constitucional a la luz de la vigencia del planteamiento realizado por Fix-Zamudio desde el emblemático año de 1956. Fecha significativa no sólo por la aparición de sus primeras publicaciones, sino por representar el último eslabón en la configuración científica de la disciplina que se iniciara con Kelsen en 1928, siendo el jurista mexicano el primero en definir su naturaleza y desarrollar con claridad sistemática al derecho procesal constitucional desde una perspectiva de autonomía procesal.

De esta forma, con este trabajo pretendemos unirnos al muy sentido homenaje que a nivel mundial se realiza a través de esta obra colectiva a uno de los juristas de mayor influencia en el derecho público del siglo XX y uno de los forjadores indiscutibles de la ciencia del derecho procesal constitucional.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ¿DESARROLLOS PARALELOS: EUROPA-LATINOAMÉRICA?

El derecho procesal constitucional, como cualquier rama del derecho, tiene una doble significación. Por un lado expresa el conjunto normativo diferenciado dentro del ordenamiento y por otro aquella disciplina jurídica especializada en su estudio. Como lo señala Rubio Llorente, la delimitación de estos dos aspectos entre las diversas disciplinas jurídicas es en buena medida resultado de la convención y por lo tanto objeto de debate.⁵

La ciencia del derecho procesal constitucional, es decir, considerado en su segunda connotación, se encuentra en franca expansión y desarrollo. Por lo menos en Latinoamérica. Estamos conscientes de que esto no sucede en el continente europeo, donde han arraigado las expresiones “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”. Mientras que esta última postura se ha desarrollado de manera notable en la dogmática constitucional debido a la expansión y consolidación de los tribunales

⁴ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 187-210.

⁵ Cfr. Rubio Llorente, Francisco, voz “Derecho constitucional”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. II, p. 2206.

constitucionales, la corriente que podemos denominar “latinoamericana” viene paulatinamente abriéndose paso en las últimas décadas con distinto perfil. No se refiere a un simple cambio de nomenclatura. Se trata de una posición científica de dimensión sustantiva, para referirse a la nueva parcela del derecho público que se encarga del estudio sistemático de las garantías constitucionales y de la magistratura que las conoce.

Este movimiento de autonomía científica no es pacífico en la actualidad. Los pocos e importantes autores europeos contemporáneos que de manera consciente han incursionado en el estudio de la naturaleza del derecho procesal constitucional, le otorgan una clara especificidad constitucional (Häberle);⁶ o tienen dudas de su configuración, si bien la aceptan como una modalidad “muy *sui generis*” (Zagrebelsky).⁷ Otros, al reflexionar sobre este movimiento latinoamericano, prefieren mantener la denominación de “justicia constitucional” sobre otras connotaciones y enfoques, al estimarla “más dúctil y omnicomprendiva” (Pegoraro);⁸ siendo escasas las posturas desde una visión más cercana a la teoría procesal (Marilisa D’Amico).⁹

Es común entre los juristas europeos utilizar la expresión “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” (Pizzorusso-Romboli-Ruggeri-Spadaro),¹⁰ por sólo mencionar la importante

⁶ Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44.

⁷ Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto processuale costituzionale?”, *Giudizio a quo e movimento del proceso costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990. Existe traducción al español, junto con otros trabajos: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, México, FUNDAp, 2004. También utilizan la expresión con diferentes connotaciones y alcances.

⁸ Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2007. Particularmente, véase en el capítulo V el tema “Scienza giuridica e giustizia costituzionale: le proposte per un diritto processuale costituzionale”, pp. 193-197.

⁹ D’Amico, Marilisa, “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi”, *Giurisprudenza italiana*, Parte Quarta, Dottrina e varietà giuridiche, 1990, pp. 480-504.

¹⁰ *Cfr.*, entre otros, Pizzorusso, A., “Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale”, *Diritto giurisprudenziale*, a cura de M. Bessone, Turín, G. Giappichelli, 1996; también publicado en Miranda, J. (coord.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 años da Constituição de 1976*, vol. 1, pp. 889-908; Romboli, R. (a curi di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1990-2002; Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2004, p. 6.

corriente italiana y especialmente al *Gruppo di Pisa*, cuyos encuentros científicos desde la década de los noventa han tenido repercusiones importantes sobre la *giustizia costituzionale*. Su estudio se realiza esencialmente desde la óptica estrictamente de la ciencia constitucional, circunstancia que explica sean los constitucionalistas sus principales cultivadores y no obstante el reconocimiento de la existencia de un “proceso constitucional” y que en la actuación de la Corte Constitucional existen manifestaciones propias del derecho procesal.¹¹

Esta perspectiva entiende que la “jurisdicción o justicia constitucional”, “*justice constitutionnelle*” o “*giustizia costituzionale*” (como se prefiere denominar, respectivamente, en países como España,¹² Francia¹³

¹¹ Cfr. el influyente estudio de Zagrebelsky, Gustavo, voz “Processo costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 522 y ss.

¹² Además de los importantes ensayos de Manuel Aragón y F. Rubio Llorente, véanse entre otros, los siguientes libros: Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Espín Templado, Ed. et al., *La reforma de la justicia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2006; Alonso García, R. et al., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2005; Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005; Pegoraro, L., *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004; Fernández Rodríguez, José J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; Almagro Nosete, J., *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992 (si bien este autor utilizó por primera vez la expresión “derecho procesal constitucional” en España en 1979); Lösing, N., *La jurisdiccionalidad en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, 2002; Caamaño Domínguez, F. et al., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw-Hill, 2000; Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1997; García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; Montoro Puerto, Miguel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Colex, 1991, 2 vols.

¹³ Entre las obras publicadas en Francia destacan: Grewe et al. (coords.), *La notion de “justice constitutionnelle”*, París, Dalloz, 2005; Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996; Moderne, Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica-P.U.A.M., 1993; Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992; Poullain, Bernard, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, París, Ed. Economica, 1990; Bon, Pierre, Moderne, Franck y Rodríguez, Yves, *La justice constitutionnelle en Espagne*, París, Ed. Economica-P.U.A.M., 1984; Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’Autriche*, París, L.G.D.J., 1928; además del *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica Presses Universitaires d’Aix-Marseille-P.U.A.M. publicado desde 1985 bajo la dirección de Louis Favoreu y del “Groupe d’Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle”, en *Aix-en-Provence*.

e Italia¹⁴) forma parte del derecho constitucional y dentro de ella debe ser estudiada, sin que exista preocupación o ánimo alguno por considerarla “rama autónoma del derecho constitucional”, es decir, que pueda tener

¹⁴ Las obras publicadas en Italia que utilizan esa denominación, entre otras, Cerri, A., *Corso di giustizia costituzionale*, 5a. ed., Milán, Dott. A. Giuffrè, 2007; Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 2007; Malfatti, E. et al., *Giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2007; Modugno, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007; Balduzzi, R. y Costanzo, P. (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turín, G. Giappichelli, 2007; Mezzetti, L. et al., *La giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, 2007; Cicconetti, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2006; Rolla, G., *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Génova, ECIG, 2006; varios autores, *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modelo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; Pasquino, P. y Randazzo, B., *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti. Atti del Convegno internazionale (Milano, 14 aprile 2005)*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2006; Marini, Francesco Saverio, *Appunti di Giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 2005; Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2004; Teresi, F., *Elementi di giustizia costituzionale*, Bari, Cacucci, 2004; Di Gregorio, Á., *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2004; Olivetti, M. y Groppi, T. (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; Fernández Segado, F., *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistema americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD, Bolonia, Bonomo, 2003; Saitta, N., *La camera di consiglio nella giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; D'amico, M., *Lezioni di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Milán, CUSL, 2003; Crivelli, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padua, CEDAM, 2003; Martines, T., *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2000; De Vergottini, G. (coord.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Turín, G. Giappichelli, 2000; Tarchi, Rolando (coord.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 2000, 2 vols.; Morelli, Mario R., *Funzioni della norma costituzionale, meccanismi di attuazione, procedure di garanzia. Il sistema italiano di giustizia costituzionale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; Häberle, P., *La verfassungsschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2000; Luther, Jorg et al., *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padua, CEDAM, 1999; Pinna, P., *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1999; Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 1998; Sorrentino, F., *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1998; D'amico, Marilisa y Onida, Valerio, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Turín, G. Giappichelli, 1997; Andrioli, Virgilio, *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1992; Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Il Mulino, 1988; Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1981; Angelici, Mario, *La giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1974.

“autonomía científica constitucional”. Dicho en palabras de L. Pegoraro “no hay ningún interés en diferentes o nuevos enfoques sobre el tema”.¹⁵ Al reflexionar sobre la cuestión, Zabrebelsky señala “por cuanto me consta, la fórmula «derecho procesal constitucional» aunque no es usada con frecuencia, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además en los casos en los cuales se hace uso de ésta, no aparece que sea con una particular e intencional riqueza conceptual”.¹⁶ Y bajo ese tamiz de pertenencia a lo estrictamente constitucional aparece como un apartado en los libros de texto, en los programas de estudio universitarios o en los congresos generales sobre derecho constitucional.¹⁷

La tendencia se advierte también en el ámbito iberoamericano, desde el *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, cuya temática central fue *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, celebrado en la ciudad de Sohogota, Colombia, del 7 al 11 de noviembre de 1977;¹⁸ y de los Congresos Iberoamericanos¹⁹ o Congresos Mundiales²⁰ de Derecho Constitucional, al abordar en sus temáticas a la justicia constitucio-

¹⁵ Cfr. la encuesta que respondió a la obra García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 72.

¹⁶ Zabrebelsky, G., *¿Derecho procesal constitucional?...*, *cit.*, nota 7, p. 16.

¹⁷ Así sucede también en otros países, por ejemplo, en Portugal, donde el *direito procesal constitucional* es considerado por importantes constitucionalistas como un apartado del derecho constitucional. Cfr., entre otros, Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 7a. ed., t. I, p. 18 y t. VI; 2a. ed., pp. 60-63; y Gomes Canotilho, Jose Joaquim., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2a. reimp. de la 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, especialmente el título 6, capítulo 3: *Direito procesal constitucional*, pp. 965-975.

¹⁸ Véase la memoria de este evento: *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

¹⁹ Hasta la fecha se han realizado IX Congresos Iberoamericanos: I: Ciudad de México (1975); II: Ciudad de México (1980); III: Ciudad de México (1985); IV: Madrid (1988); V: Querétaro (1994); VI: Bogotá (1998); VII: Ciudad de México (2002); VIII: Sevilla (2003); IX: Curitiba, Brasil (2006). El X Congreso Iberoamericano tendrá lugar en Lima, Perú, en 2009. En general, sobre la historia del Instituto y las temáticas desarrolladas, véase el trabajo de Carpizo, Jorge, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1974-2004*, México, UNAM, 2004.

²⁰ Los Congresos Mundiales de Derecho Constitucional se organizan por la *International Association of Constitutional Law*, fundada en 1981. Hasta la fecha se han realizado VII Congresos. Los dos últimos tuvieron lugar en Santiago de Chile (12-16 de enero, 2004) y en Atenas, Grecia (11-15 de junio, 2007). El VIII Congreso se realizará en la ciudad de México en 2010.

nal o *judicial review* como parte de esta disciplina. No obstante, en el *Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 1975) se enfatizó en la necesidad de la vinculación entre las ramas del derecho constitucional y del derecho procesal, al reflejarse en una de las conclusiones del evento: “Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial”.²¹

Desde el campo del procesalismo se le ha prestado poca atención, como se advierte de los congresos mundiales²² e iberoamericanos²³ de derecho procesal. Algunos coloquios o congresos internacionales se han relacionado con la temática debido a la influencia de Couture o Cappelletti.²⁴ En las Jornadas Iberoamericanas se ha estudiado especialmente el tema del amparo o las garantías constitucionales del proceso, lo que propició

²¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 227.

²² Hasta la fecha se han realizado XIII Congresos Mundiales, organizados por la Asociación Internacional de Derecho Procesal: I: Florencia (1950); II: Viena (1953); III: Munich (1957); IV: Atenas (1967); V: México (1972); VI: Gante (1977); VII: Wurzburg (1983); VIII: Utrecht (1987); IX: Coimbra-Lisboa (1991); X: Taormina (1995); XI: Viena (1999); XII: México (2003); XIII: Bahía (2007). El XIV Congreso Mundial se desarrollará en Berlín en 2011.

²³ Las primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de Eduardo J. Couture y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las Jornadas se han efectuado en: I: Montevideo (1957); II: México (1960); III: São Paulo (1962); IV: Caracas-Valencia (1967); V: Bogotá-Cartagena de Indias, (1970); VI: Valencia, Venezuela (1978); VII: Guatemala (1981); VIII: Quito (1982); IX: Madrid (1985); X: Bogotá (1986); XI: Río de Janeiro (1988); XII: Mérida, España (1990); XIII: Cuernavaca (1992); XIV: La Plata (1994); XV: Bogotá (1996); XVI: Brasilia (1998); XVII: San José (2000); XVIII: Montevideo (2002), XIX: Caracas (2004); XX: Málaga (2006). Las XXI Jornadas Iberoamericanas tendrán lugar en octubre de 2008 en Lima, Perú.

²⁴ Uno de los temas del II Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en Viena, del 5 al 8 de octubre de 1953, fue “Las garantías constitucionales del proceso” con la participación de Couture. El VII Congreso Mundial celebrado en Wurzburg (1983) tuvo como eje central “La efectividad de la protección judicial y el orden constitucional”, promovido por Cappelletti. Y también promovido por este jurista destaca en 1988 la celebración del congreso Extraordinario en ocasión del Noveno Centenario de la Universidad de Bolonia, relativo a “La protección judicial de los derechos humanos a nivel nacional e internacional”.

incluso que se propusieran unas “Bases uniformes para un amparo latinoamericano”,²⁵ o unas “Bases constitucionales para un proceso civil justo”.²⁶ Sólo en las *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* celebradas en Caracas (2004) uno de los temas específicos fue “El derecho procesal constitucional”,²⁷ y en las *XXI Jornadas Iberoamericanas* se dedicará un apartado a los “procesos constitucionales”.²⁸ El poco interés y desarrollo mostrado por los procesalistas resulta paradójico si se tiene en consideración que los orígenes científicos de la disciplina fueron establecidos por eminentes procesalistas, como veremos más adelante, que advirtieron el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y de la creación de procesos y jurisdicciones especializadas en lo constitucional, lo que provocó su acercamiento a la ciencia constitucional, a la luz del penetrante pensamiento que iniciara Kelsen en su famoso artículo de 1928.

Ante estas dos posturas de “apoderamiento” y de “ausencia”, en el nuevo milenio se aprecia un acercamiento creciente entre constitucionalistas y procesalistas al tratar de consolidar al derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. En ese diálogo interdisciplinario, que trata de abrir nuevos enfoques a la disciplina, se pueden advertir en general dos posturas de autonomía. La vertiente que la considera “autónoma mixta”, al estimar que debe construirse bajo los conceptos, métodos y estructuras del derecho constitucional y del derecho procesal. Esta postura, atractiva sin lugar a dudas, nos debe llevar a la reflexión de si existen en

²⁵ Véase la propuesta de Héctor Fix-Zamudio en las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas y Valencia, Venezuela, los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, para unas “Bases Uniformes para un amparo Latinoamericano”. Propuesta también encabezada por Adolfo Rivas y Augusto M. Morello, véase de este último “El amparo. Una ley uniforme para Hispanoamérica”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 575-580.

²⁶ Véase la ponencia presentada por José Ovalle Favela, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Málaga, en octubre de 2006.

²⁷ Si bien con un enfoque más cercano al “derecho constitucional procesal” propiamente dicho, que al “derecho procesal constitucional”, ya que sólo se abordó el debido proceso como garantía constitucional. *Cfr.* las ponencias de Almagro Nosete, José, “Garantía del proceso justo (o debido)” y Baumeister Toledo, Alberto, “Garantías procesales de un proceso justo”, *Temas de derecho procesal. XIX Jornadas Iberoamericanas y V Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Homenaje a José Rodríguez Urraca y José Gabriel Sarmiento Núñez*, Caracas, Invedepro, 2004, pp. 87-115 y 117-143.

²⁸ Las *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* tendrán lugar en Lima, en octubre de 2008.

realidad disciplinas jurídicas “mixtas” o bien si la tendencia contemporánea de cualquier materia es el enfoque multidisciplinario, con independencia de su propia naturaleza de pertenencia a una particular rama jurídica.

Una segunda corriente, la expuesta por Fix-Zamudio desde 1955-1956, defiende la “autonomía procesal” tratando de establecer los principios y cimientos como rama de naturaleza procesal, de tal suerte que sea tan autónoma como el derecho procesal civil o procesal penal lo son del derecho civil o penal. Esta postura, en general, estima que si bien el derecho procesal constitucional comparte los conceptos tradicionales de la teoría del proceso, existen particularidades y categorías propias que deben construirse y diferenciarse especialmente del tradicional proceso civil que contribuyó a sentar las bases generales del proceso, y de ahí avanzar en las categorías que caracterizan al proceso constitucional. Bajo este último enfoque, incluso, se distinguen las posturas tradicionales y las que pretenden introducir nuevas variantes a la teoría del proceso, tratando de “compartir” o establecer “categorías comunes” entre las dos disciplinas tradicionales o bien construir “categorías propias”, utilizando las existentes en el derecho procesal y con un acercamiento importante al derecho constitucional, en aras de abonar en la formación científica y autónoma del derecho procesal constitucional.

III. ¿CONVERGENCIA O CONVIVENCIA?

De lo dicho en el epígrafe anterior se advierten las dos posturas dominantes sobre la naturaleza del derecho procesal constitucional: 1) *la europea*, que sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico la considera como parte de estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”; y 2) *la latinoamericana*, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: a) “autonomía mixta”, al estimar deben considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y b) “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Si bien es una disciplina procesal, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas

(procesal civil o penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que en muchas ocasiones sus categorías se encuentran en la propia Constitución.

No es el momento de entrar al análisis detallado de cada postura. La primera pertenece a la ciencia constitucional. La segunda reivindica su autonomía científica. El objeto de estudio de ambas, sin embargo, se aproxima a tal grado que en algunas ocasiones parece ser el mismo y todo depende del enfoque con el cual se analice.

Ante este panorama debemos preguntarnos si en realidad ¿son excluyentes? o bien ¿pueden coexistir estas dos posturas? Esta es una cuestión de fondo sobre la cual poco se ha reflexionado.

Pareciera que en el horizonte se vislumbran dos posibilidades: la convergencia o la convivencia.

A) ¿Se puede llegar a una única postura? Y si es así ¿cómo la denominaríamos y cuál sería su contenido y encuadre científico?, ¿será procesal, constitucional o mixta?, ¿en realidad existen las disciplinas mixtas? O más bien se debe utilizar el moderno enfoque interdisciplinario en el estudio de las disciplinas, con independencia de su naturaleza jurídica.

El llegar a una convergencia entre las dos corrientes descritas también podría llevar a la aceptación convencional de una sobre la otra. Por ejemplo, la aceptación del derecho procesal constitucional como la última fase del desarrollo científico del fenómeno de lo que en un primer momento se denominó jurisdicción constitucional. Esta es la postura que Domingo García Belaunde defiende y ha dado a conocer desde hace tiempo. Su tesis queda reflejada en un libro que lleva el sugestivo título *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*.²⁹ Postura que bajo diferente enfoque desde Italia advertía Marilisa D'Amico, en su ensayo denominado precisamente "Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi".³⁰ En este último ensayo la autora enfatiza sobre el origen procesal de la justicia constitucional y realiza consideraciones importantes sobre las particularidades de los procesos constitucionales y del derecho procesal constitucional a la luz de la teoría procesal.³¹

²⁹ Esta obra cuenta con cuatro ediciones. Las últimas dos ediciones aparecen en México (Fundap, 2004) y Perú (Grijley, 2003).

³⁰ *Giurisprudenza italiana, cit.*, nota 9.

³¹ *Cfr. op. ult. cit.*, especialmente el apartado sobre "Giustizia costituzionale" o "diritto processuale costituzionale?", pp. 490-495.

O también pudiera suceder al revés, que el fenómeno adquiriera tal caracterización científica desde la dogmática constitucional que prevalezca y sea convencionalmente aceptada en el campo de estudio de la ciencia constitucional y la ciencia procesal, a manera de una etapa evolutiva de lo que hasta ahora se ha desarrollado especialmente en el viejo continente a través de la denominada justicia constitucional. Esto implicaría, a la vez, que la pretendida emancipación del derecho procesal constitucional quede mermada y como un mero intento científico que nunca logró cuajar lo suficiente.

B) También puede suceder que no se llegue a una convergencia, sino a una aceptación mutua de las posturas. Esto ocurriría si ambas adquieren madurez científica, de tal suerte que su construcción sea simultánea y convencionalmente aceptada por la ciencia constitucional y la dogmática procesal. Implica que al margen del importante desarrollo dogmático constitucional que los especialistas en derecho constitucional han realizado de la “justicia constitucional”, se inicie una genuina etapa reivindicatoria en la construcción teórica del proceso constitucional desde el procesalismo científico. Lo cual no ha sucedido hasta el momento. Parece ser una “zona vedada” para el desarrollo científico procesal (por lo menos así se advierte en Europa, salvo excepciones), no obstante los avances incuestionables del proceso civil y del proceso penal, así como la construcción de otras ramas como el proceso administrativo y laboral, o los que se encuentran en fase de desarrollo como el proceso electoral. El desarrollo científico del proceso constitucional pareciera uno de los pendientes inaplazables que deben afrontar los procesalistas. Este desarrollo podría llevar a esta convivencia si se lograran acuerdos mutuos de aceptación de lo que es estrictamente procesal y de lo que es materia constitucional, o bien aceptando un solo camino compartido de desarrollo científico. De lo contrario la convergencia llevaría a la imposición de una visión sobre la otra, lo cual de suyo no es malo si se acepta convencionalmente.

La disyuntiva entre la “convergencia” (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra) o la “convivencia” de ambas está latente y el tiempo dará la respuesta. En el fondo la “convivencia”, como sucede en la actualidad, debería llevar a la “convergencia” de posturas (no de rechazo de la existencia de una u otra) y así reconducir los planteamientos hacia posibles encuentros que posibiliten hablar de

categorías compartidas. Por ejemplo, las categorías “proceso constitucional” y “jurisdicción constitucional” ¿deben ser exclusivas de alguna de ellas? O más bien pertenecen a ambas, aunque con enfoques distintos. La “jurisdicción constitucional” como el “proceso constitucional”, en tanto “proceso” y “jurisdicción” son instituciones procesales fundamentales de la dogmática procesal y que han alcanzado un desarrollo importante en otras ramas procesales. Sucede también que los “procesos constitucionales” y las “jurisdicciones constitucionales” (tribunales constitucionales, salas constitucionales, etcétera) están previstos en las propias leyes supremas, lo que significa que deben ser tratadas por la ciencia constitucional, por ser la Constitución su objeto de estudio. ¿Puede la ciencia constitucional o la dogmática procesal apropiarse de estas categorías? Alcalá-Zamora y Castillo apuntaba cómo, por ejemplo, podemos saber lo que es la “jurisdicción”, pero no sabemos donde está, si en el campo procesal o en el constitucional.³²

Entendemos, por consiguiente, que en el futuro pudiera convencionalmente llegar a aceptarse el reconocimiento de una “justicia constitucional” en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos después de la segunda posguerra. Y también la existencia de un “derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal (con ascendencia constitucional, en mayor o menor medida) que tenga su propio objeto y perspectiva. Lo importante —y a la vez complicado— será delimitar las “zonas límites” o “zonas compartidas” del derecho procesal constitucional con respecto a la justicia constitucional y viceversa.

Si esta “convivencia” se acentúa, debemos entonces avanzar hacia la delimitación entre la “justicia constitucional” y el “derecho procesal constitucional”, teniendo en consideración que ambas forman parte del derecho público y como una fase de desarrollo en la separación metodológica de las disciplinas jurídicas, que iniciara en el siglo XIX. La distinción entre una y la otra radica en que la primera es ciencia constitucional y la segunda es ciencia procesal. La justicia constitucional es parte del objeto del derecho constitucional, a manera de uno de sus elementos que lo conforman. El derecho procesal constitucional pertenece a la dogmática pro-

³² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 103.

cesal, con la misma autonomía que han alcanzado sus diversas ramas y bajo la unidad de la teoría o los principios generales del proceso, si bien con una estrecha relación con el derecho constitucional en la medida en que en muchos casos sus categorías se encuentran en los textos constitucionales. La justicia constitucional, como parte de un todo, debe limitar su superficie a los propios de la disciplina que la contiene. El derecho procesal constitucional, como una disciplina autónoma procesal, necesariamente tendrá una cobertura mayor en su objeto de estudio y con enfoques diversos, debiendo crear sus propios conceptos, categorías e instituciones que la distinguan de las demás ramas procesales. En todo caso, debe privilegiarse el estudio interdisciplinario de la disciplina constitucional y la procesal para llegar a posturas más avanzadas en su desarrollo.

En este sentido, desde la mejor dogmática contemporánea (procesal y constitucional) se han realizado esfuerzos muy serios para iniciar el deslinde de las ciencias procesal y constitucional, con respecto al “derecho procesal constitucional”. Por una parte, Fix-Zamudio, apoyándose en las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil, elaboró la tesis relativa a la existencia de una nueva disciplina limítrofe denominada “derecho constitucional procesal” (como parte del derecho constitucional) que comprende aquellas instituciones procesales elevadas a rango constitucional. Esta postura fue trazada para delinear lo que es propiamente objeto de estudio del “derecho procesal constitucional” (como rama procesal), de aquella que corresponde a la ciencia constitucional y a pesar de tratarse de categorías procesales. Sobre el particular volveremos más adelante y sólo advertimos por el momento que la distinción ha sido acogida por un buen número de juristas no sin ciertas dudas también por un sector de la doctrina. El propio Fix-Zamudio también distingue entre las connotaciones de “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional”. Considera que no son incompatibles y más bien resultan complementarios en la medida que la “justicia constitucional” se refiere al conjunto de instrumentos tutelares que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.³³

³³ Véanse, entre otros, las palabras que pronunció en la inauguración del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, 2007, p. XVIII.

Otro esbozo (con poco eco hasta ahora) lo ha realizado Zagrebelsky desde la teoría de la justicia constitucional. En un importante seminario realizado en el *Palazzo della Consulta* en Roma, los días 13 y 14 de noviembre de 1989, se preguntaba si es posible hablar y en qué términos de un derecho procesal constitucional. Partiendo de una concepción del “proceso constitucional” diferenciada del “procedimiento”, de la *lex* (derecho objetivo) y *iura* (derecho subjetivo), llega a visualizar los dos bienes tutelados en el proceso constitucional: los derechos constitucionales y la constitucionalidad del derecho objetivo; y advierte la tensión de los mismos cuando se trata de la resolución de controversias constitucionales. Señala la tendencia de la “visión objetiva” del juicio constitucional, entendida como institución para la garantía de la coherencia del ordenamiento respecto a la Constitución, más que como instrumento directo de defensa de los derechos constitucionales. El profesor de derecho constitucional de la Universidad de Turín, si bien analiza específicamente a la Corte Constitucional italiana, resalta que las cortes constitucionales no deben ser sólo instrumentos del aparato de gobierno, sino órganos de las expectativas de justicia que provienen de la sociedad, enfatizando que “no existe expectativa posible sin un proceso. No se puede ni siquiera imaginar a un juez sin un derecho procesal: sería un gestor arbitrario de las posiciones sobre las cuales se encuentra decidiendo pero, si así fuera, no podríamos considerarlo un juez, si a esta palabra queremos dar un sentido y un valor”.³⁴

El hoy presidente emérito de la Corte Constitucional italiana pone el dedo en la llaga cuando advierte y reconoce que “ha faltado una reivindicación, coherente en los resultados, de autonomía de la reflexión constitucionalista con relación a la procesalista”. Termina su reflexión respondiendo afirmativamente sobre la existencia de esta disciplina:

Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* —es más: muy *sui generis*—, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela sub-

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, cit., nota 7, p. 38.

jetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución.³⁵

A partir de estas premisas podría iniciarse un encuentro reflexivo entre constitucionalistas y procesalistas para abonar en la madurez científica de sus disciplinas, que en ocasiones parecieran dos puntas de iceberg aislados aunque unidos debajo del mismo mar.

IV. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA

Con independencia del enfoque con el cual se mire al fenómeno en cuestión, que dependerá en gran medida de la formación personal que se tenga y de la intención pretendida, lo cierto es que la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional se abre paso hacia su consolidación. Lo anterior se advierte, por lo menos, desde tres ángulos vinculados estrechamente a su carácter científico, a saber, en la creación de institutos o asociaciones, en la enseñanza del derecho y en la doctrina jurídica.

1. Asociaciones científicas

Por una parte se han creado institutos y asociaciones científicas para su estudio. Desde la década de los ochenta del siglo pasado se creó el *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (1989),³⁶ que luego se transformó en el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (2003),³⁷ con motivo de la celebración del *I Encuentro* celebrado en la ciudad de Rosario, Argentina, conjuntamente con las *VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional*.³⁸

³⁵ *Ibidem*, p. 57.

³⁶ Impulsado por Néstor Pedro Sagüés. El antecedente es el *Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional*, creado en 1987-1991 y cuya sede es la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

³⁷ El acta constitutiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, puede consultarse en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 311 y 312. La página electrónica del Instituto es www.iidpc.org.

³⁸ Véase la reseña de este evento en Palomino Manchego, José F., “Crónica del I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Rosario, Argentina, 21 y 22 de agosto de 2003)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, *op. ult. cit.*, pp. 305-310.

El *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* ha realizado *IV Encuentros*.³⁹ También se han creado asociaciones nacionales, como en Argentina,⁴⁰ Chile,⁴¹ Colombia,⁴² México⁴³ y Perú,⁴⁴ organizando periódicamente congresos sobre la materia.

³⁹ Son los siguientes: I Encuentro, Rosario, Argentina (2003); II Encuentro, San José, Costa Rica (2004); III Encuentro, La Antigua, Guatemala (2005); IV Encuentro, Santiago de Chile (2006). El V Encuentro se realizará en Cancún, México, en mayo de 2008.

⁴⁰ El Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional ha realizado hasta la fecha IX Encuentros. El último tuvo lugar en la Universidad del Salvador, en Buenos Aires, el 7 y 8 de septiembre de 2006. Se dedicó a la memoria de Germán J. Bidart Campos.

⁴¹ Se creó la *Asociación Chilena de Derecho Procesal Constitucional* en julio de 2004 por la propuesta de Humberto Nogueira Alcalá, que ha impulsado la materia desde hace muchos años a través de congresos y seminarios internacionales, con el apoyo de la Universidad de Talca y como presidente de la *Asociación Chilena de Derecho Constitucional*. El IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se llevó a cabo en la Universidad Diego Portales en Santiago, con la denominación: "Los desafíos del derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI".

⁴² Como la *Asociación Colombo-Venezolana de Derecho Procesal Constitucional*, en la ciudad de Cúcuta, Colombia, promovida por Ernesto Rey Cantor. En época reciente, también Anita Giacomette Ferrer organizó un congreso internacional sobre la materia en la Universidad de Rosario, en Bogotá, los días 2 y 3 de junio de 2005. Actualmente, se encuentra en fase de formación el Instituto Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Lo anterior, con independencia del dinamismo y consolidación que tiene el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que preside el destacado procesalista Jairo Parra y que en sus Congresos anuales se abordan cuestiones de derecho procesal constitucional.

⁴³ Se creó el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* con motivo del Coloquio Internacional sobre la materia, celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en Monterrey (23-25 de septiembre de 2004). El acta constitutiva del Instituto y la crónica de dicho evento pueden verse en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 491-498 y 499-500. El Instituto Mexicano ha celebrado: el *I Congreso*, también en Monterrey, en la misma Universidad (8-10, septiembre, 2005) y el *II Congreso* (29 de mayo al 1o. de junio de 2007) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las "crónicas" de ambos eventos aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 427-435; y núm. 8, julio-agosto de 2007, pp. 565-580.

⁴⁴ En el Perú se creó una "sección" dentro del Instituto Peruano de Derecho Constitucional. Esta asociación fue impulsada por Domingo García Belaunde y actualmente la preside Francisco J. Eguiguren Praeli. Se han efectuado dos congresos peruanos sobre la materia, ambos realizados por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad "Los Andes" en la ciudad de Huancayo, Perú, debido a su decano doctor Miguel Vilcapoma Ignacio. El I Congreso (18-20, noviembre de 2004) se dedicó a la memoria de Germán J. Bidart Campos y el II Congreso (24-26, mayo de 2007), dedicado a Héctor Fix-Zamudio.

2. Enseñanza universitaria

Este florecimiento de la disciplina también ha repercutido en su enseñanza.⁴⁵ En época reciente, los planes de estudio de las escuelas, facultades y departamentos de derecho han sido objeto de revisión y actualización, para incorporar de manera específica una nueva asignatura denominada “derecho procesal constitucional”. Esta tendencia se aprecia con claridad en la currícula de pregrado y posgrado que se han incluido varias universidades latinoamericanas, especialmente en Argentina,⁴⁶ Bolivia,⁴⁷

⁴⁵ *Cfr.* nuestra ponencia “El derecho procesal constitucional en las universidades. Necesidad y variables”, presentada en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, La Antigua, Guatemala, 7-9 de diciembre de 2005.

⁴⁶ Se debe a Néstor Pedro Sagüés la inauguración en 1982 del primer curso de posgrado en Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional, que impartió en la Universidad de Belgrano. En 1986, la primera cátedra en la Universidad Notarial Argentina y en 1988 como curso de doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina. *Cfr.* la obra de Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, t. I, así como el relato de Sebastián R. J. Franco, en la reseña que hace a los 4 tomos de Sagüés, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 379. Actualmente esa materia se imparte como asignatura optativa en varias universidades, como: Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Nacional de Rosario, en Tucumán, en Mar del Plata o en el ciclo profesional orientado en la Universidad de Buenos Aires, como nos relatan Sagüés y Gozaíni, en García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 15, pp. 27 y 28. También desde el 2000 se imparte a nivel pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a cargo del profesor Jorge Horacio Gentile.

⁴⁷ De conformidad con la información de José Antonio Rivera Santivañez, la materia inició a impartirse a nivel pregrado en 2001 (en octavo semestre y en calidad de obligatoria) en la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA) y a partir de 2003 en la Universidad Técnica de Santa Cruz (UTEPSA). Se imparte la maestría en “Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional” en la Universidad Andina Simón Bolívar (en Sucre y La Paz), en la Universidad San Simón de Cochabamba, en la Universidad Mayor Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (aunque con la denominación de Instituciones Privadas y Procesos Constitucionales). Además de los diplomados específicos sobre la materia impartidos por la Universidad Privada Domingo Savio. *Cfr.* García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 15, p. 34. Asimismo, se imparte en el séptimo semestre de la Universidad Privada Franz Tamayo. *Cfr.* <http://unifranz.edu.bo/descargas/files/derecho.pdf> (consulta 29 de agosto de 2007).

Brasil,⁴⁸ Chile,⁴⁹ Colombia,⁵⁰ Costa Rica,⁵¹ Guatemala,⁵² El Salvador,⁵³ Panamá⁵⁴ y Perú,⁵⁵ destacando el desarrollo notable que han experimentado Argentina y Perú.

⁴⁸ Si bien se sigue enseñando dentro de la currícula de derecho constitucional, en los últimos años se ha incorporado en varias universidades. *Cfr.* las respuestas de Ivo Dantes, Regis Frota Araujo y Andrés Ramos Tabares, a la encuesta de la obra coordinada por García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *op. cit.*, nota 15, pp. 35-47.

⁴⁹ En Chile se ha impartido un cursillo en la licenciatura en ciencias jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, impartida por los profesores Francisco Zúñiga Urbina y Alfonso Perramont Sánchez, como así lo manifiestan en su texto introductorio preparado para los estudiantes: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002, III vols. (primera reimpresión del vol. I, 2003). También existió una asignatura a nivel pregrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (1998-2002) y se ha planteado como parte de la maestría que imparte su Centro de Estudios Constitucionales con sede en Santiago. *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto, en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *op. cit.*, nota 15, p. 56.

⁵⁰ Se imparte como uno de los módulos en la Especialidad de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Asimismo, como materia en la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Medellín.

⁵¹ Rubén Hernández Valle señala que se impartió por primera vez por él a nivel posgrado en el año de 1990, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y asevera que en la actualidad se imparte de manera obligatoria en pregrado en la mayoría de las universidades. *Cfr.* García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *op. cit.*, nota 15, p. 52. Asimismo, integra la currícula de grado de bachiller en derecho en la Escuela Libre de Derecho, así como de la carrera de derecho en la Universidad Autónoma de Centroamérica, en ambos casos se imparte en el sexto cuatrimestre. *Cfr.* <http://www.uescuelalibre.ac.cr/planes.html>, así como <http://www.carreras.co.cr/view.php?doc=p&i=15&carrera=1810&categoria=71> (consultas 14 de septiembre de 2007).

⁵² Se imparte en décimo semestre como “Derecho procesal constitucional y administrativo” en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mesoamericana. *Cfr.* <http://mesoamericana.edu.gt/Carreras/derecho.html> (consulta 14 de septiembre de 2007).

⁵³ Se imparte como obligatoria en el décimo semestre de la Universidad de El Salvador, así como en séptimo semestre en la Universidad Capitán General Gerardo Barrios. También integra la currícula en de la carrera de derecho del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”.

⁵⁴ Se imparte en el noveno cuatrimestre en la *Universidad Cristiana de Panamá*. *Cfr.* http://www.ucp.ac.pa/plan_lic.en_derechoycienciaspoliticas.htm (consulta 27 de agosto de 2007).

⁵⁵ Se debe a Domingo García Belaunde la inclusión de la asignatura “Garantías constitucionales” en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1980 (cuyo contenido comprendía al derecho procesal constitucional). A partir de 2003 se cambió su denomi-

En México, no obstante las enseñanzas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y de las penetrantes publicaciones de Héctor Fix-Zamudio desde hace cincuenta años, las reformas a los planes de estudio iniciaron en 1999 y se intensificaron a partir del nuevo milenio. Lo anterior se explica por la tradicional corriente de considerar al juicio de amparo mexicano en su dimensión “omnicomprensiva” al representar en realidad una “federación de instrumentos” que en otros países tienen autonomía, como acertadamente lo ha destacado Fix-Zamudio,⁵⁶ provocando que durante el siglo XX se convirtiera en la práctica en el único mecanismo efectivo de protección constitucional. A partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 y agosto de 1996, mediante las cuales se incorporan nuevos instrumentos jurisdiccionales de protección, se revitalizan otros y se amplían las facultades de la Suprema Corte de Justicia, se avanza hacia un sistema integral de defensa constitucional, lo que provoca la necesidad de reformar los planes de estudio en los departamentos, escuelas y facultades de derecho.

Progresivamente en el primer lustro del presente milenio la asignatura “Derecho procesal constitucional” se incorpora en la currícula de licenciatura y/o posgrado en importantes centros de enseñanza públicos y privados del país. Así sucede en la Universidad Nacional Autónoma de México,⁵⁷ y

nación a “derecho procesal constitucional”. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se reformó el plan de estudios para incorporarla con esa denominación y como curso obligatorio en el sexto año desde 1992, según relato de Elvito A. Rodríguez. A partir de 1996 se incorpora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, y en la Universidad Privada “Antenor Orrego” de la misma ciudad, al parecer por la insistencia de Gerardo Eto Cruz y Víctor Julio Ortecho Villena, y luego se reproduce también en las Universidades César Vallejo y Privada del Norte. En la actualidad se ha incorporado a nivel pregrado y posgrado por numerosas universidades, debido al reciente Código Procesal Constitucional que entró en vigor el 1o. de diciembre de 2004. *Cfr.* Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006, p. 120; así como la respuesta que dieron Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego y Aníbal Quiroga León, en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *op. cit.*, nota 15, pp. 91-106.

⁵⁶ *Cfr.*, entre otros, su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

⁵⁷ En el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se enseña desde el año 2003 dentro de la maestría en Derecho Constitucional. A nivel licenciatura, se aprobó el 7 de julio de 2004 por el Consejo Universitario, conforme al nuevo plan de estudios y se impartirá por primera vez en el año 2008. Es de carácter electiva y dentro del área IV: Derecho constitucional y amparo.

en las Universidades Autónoma de Baja California,⁵⁸ Autónoma Benito Juárez de Oaxaca,⁵⁹ Autónoma de Chiapas,⁶⁰ de Colima,⁶¹ Guadalajara,⁶² Autónoma de Nuevo León,⁶³ Autónoma de Tlaxcala,⁶⁴ Autónoma de Sinaloa,⁶⁵ Autónoma de Yuacán,⁶⁶ Panamericana,⁶⁷ Iberoamericana,⁶⁸ Anáhuac,⁶⁹ La Salle,⁷⁰ Modelo,⁷¹ Americana de Acapulco,⁷² entre otras.

⁵⁸ Las Facultades de Derecho en Tijuana y Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California, fueron las primeras en el país en introducir la materia con carácter obligatorio conforme su plan de estudios de 1999. Se divide en dos cursos semestrales. La tradicional materia “juicio de amparo” quedó subsumida en uno de los cursos de “derecho procesal constitucional”.

⁵⁹ Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria, conforme al nuevo plan de estudios.

⁶⁰ En el Campus San Cristóbal de las Casas se imparte como obligatoria en octavo semestre.

⁶¹ Se imparte actualmente en el sexto semestre en calidad de obligatoria.

⁶² Se imparte como optativa.

⁶³ La Facultad de Derecho y Criminología incorporó en su nuevo plan de estudios de 2005 la asignatura con carácter obligatoria en dos semestres (séptimo y octavo), de tal suerte que la tradicional materia “juicio de amparo”, queda subsumida en uno de los dos cursos de “derecho procesal constitucional”. Asimismo se implementó la maestría en Derecho Procesal Constitucional en tres semestres.

⁶⁴ A nivel licenciatura se imparte en el séptimo semestre conforme al plan de estudios de 2003. Sin embargo, a nivel posgrado se incorporó en el plan de estudios de 1993, como asignatura en la maestría en Derecho Constitucional y Amparo.

⁶⁵ Se imparte como obligatoria en octavo semestre a partir de la reforma al plan de estudios de 2002.

⁶⁶ Se imparte la maestría en derecho, con opción en “Derecho procesal constitucional y amparo”.

⁶⁷ Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria en quinto semestre de acuerdo a su nuevo plan de estudios de 2006 (campus México, Guadalajara y Aguascalientes), si bien se impartió como optativa desde el año 2002. A nivel posgrado existe desde 2003 en la ciudad de México la maestría en derecho procesal constitucional con duración de dos años, con cinco generaciones hasta el año 2007. Fue la primera maestría con esa denominación en el país con reconocimiento oficial.

⁶⁸ Se imparte como obligatoria del área mayor en los diversos planteles de la República mexicana.

⁶⁹ Se imparte como obligatoria en los diversos planteles de la República mexicana, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

⁷⁰ Se imparte como obligatoria en octavo semestre, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

⁷¹ Impartida por la Escuela de Derecho de dicha Universidad en la ciudad de Mérida, Yucatán. Se imparte en cuatro semestres.

⁷² Se imparte en noveno semestre como electiva.

Al margen de los múltiples diplomados, coloquios y seminarios organizados por distintas instituciones, entre las que destaca el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, A. C.,⁷³ y las Casas de la Cultura Jurídica de ese Tribunal en toda la república mexicana.⁷⁴

Incluso en Europa se inician los cursos con esta denominación en Italia, Portugal y España. En Italia, recientemente, se ha incorporado el curso “Diritto processuale costituzionale”, diferenciado de la materia “Giustizia costituzionale”, en el *Dipartimento di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato* de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Napoli, Federico II*;⁷⁵ así como en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Bari*.⁷⁶ En Portugal, el Instituto de Ciencias Jurídico-Políticas de la Universidad de Lisboa imparte el “Curso de pós-graduação de atualização em direito processual constitucional”.⁷⁷ En España, la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante imparte la materia en la licenciatura,⁷⁸ mientras que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Jaén como optativa en el segundo ciclo.⁷⁹

⁷³ Este Colegio, en conmemoración de su 30 aniversario, realizó el *Primer Seminario sobre Derecho Procesal Constitucional*, del 20 de septiembre al 31 de octubre de 2000; evento que tuvo una repercusión importante en la difusión y aceptación de la disciplina. A partir de entonces, el Colegio ha realizado múltiples diplomados sobre la temática en Universidades y Tribunales Superiores de Justicia de la República mexicana.

⁷⁴ A partir del año 2003 se imparte con regularidad un Diplomado sobre Derecho Procesal Constitucional, en las más de cuarenta Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁷⁵ Cfr. www.dirittocostituzionale.unina.it/Insegnamenti/Diritto%20processuale%20costituzionale.html (consulta 15 de agosto de 2007). El profesor Sandro Staiano imparte la materia.

⁷⁶ La materia “Diritto processuale costituzionale” se imparte dentro del área de “Diritto costituzionale”, señalada en el plan de estudios como “N08X”. Cfr. http://sito.cineca.it/murst-daus/settori97/sett_n.htm (consulta 20 de agosto de 2007).

⁷⁷ El coordinador es el profesor Paulo Otero.

⁷⁸ En el plan de estudios 2002, reformado, aparece desde 2004 como de elección libre (código 9953), dentro del Área de Derecho Constitucional y del Departamento Estudios Jurídicos del Estado. Actualmente se imparte por los profesores Cristina González Álvarez-Bugallal y Ricardo Andrés Medina Rubio.

⁷⁹ Se imparte como optativa en el segundo ciclo y se denomina “Derecho procesal constitucional, internacional y comunitario”, de conformidad con su plan de estudios 2002. Cfr. http://www.ujaen.es/serv/vicord/secretariado/secplan/planest/csyj/1102/Programa_1102_8549.pdf (consulta 20 de agosto de 2007).

3. Obras especializadas

Mientras que en Latinoamérica la primera expresión en el título de un libro aparece en Argentina, en la obra de Alcalá-Zamora y Castillo denominada *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicada en 1944,⁸⁰ en Europa sucede debido a la obra *Derecho procesal constitucional*, del procesalista español Jesús González Pérez en 1980,⁸¹ no obstante que un año antes José Almagro Nosete la utilizara en un ensayo.⁸²

A partir de la década de los ochenta del siglo XX, con independencia de los ensayos en revistas y obras colectivas, aparecen libros con la precisa denominación de derecho procesal constitucional en Europa: Alemania,⁸³ España,⁸⁴ y Portugal.⁸⁵ Y, especialmente, en Latinoamérica: en Argentina,⁸⁶

⁸⁰ Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

⁸¹ *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

⁸² Almagro Nosete, José, “Tres breves notas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692.

⁸³ Cfr. Sachs, M., *Verfassungsprozessrecht*, 2a. ed., UTB, Heidelberg, 2007; Hillgruber, Christian y Goos, Christoph, *Verfassungsprozessrecht*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006; Fleury, R., *Verfassungsprozessrechts*, 6a. ed., Munich, Luchterhand, 2004; Benda, E. y Klein, E., *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001; Gerdsdorf, H., *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2000; Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht*, 3a. ed., Munich, C.H. Beck, 1991.

⁸⁴ Cfr. González Pérez, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; Fairén Guillén, V., *Estudios sobre derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Ederesa, 3 ts., 1983-1992; Calvo Sánchez, María del Carmen et al., *Prácticas de derecho procesal penal y constitucional*, Forum, 1992; Almagro Nosete, J., *Lecciones de derecho procesal: laboral, contencioso administrativo, constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

⁸⁵ Cfr. Fonseca, G. da y Domingos, I., *Breviário de direito processual constitucional (Recurso de constitucionalidade)*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra editora, 2002.

⁸⁶ Cfr. Sagüés, N., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad Hoc-Fundación Konrad Adenauer, 2006; *id.*, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4 ts., 1995-2002; García Morelos, G., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Platense, Mar de Plata, 2007; Gozaíni, O. A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006; *id.*, *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales (decreto 15558/2001)*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; *id.*, *Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; *id.*, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999; Masciotra, M. (dir.) y Carelli, E. A. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006; Manili, Pablo Luis (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005; varios autores, *Ele-*

Bolivia,⁸⁷ Brasil,⁸⁸ Costa Rica,⁸⁹ asimismo, Colombia,⁹⁰ Chile,⁹¹ Ecuador,⁹²

mentos de derecho procesal constitucional, Córdoba, Advocatus, 2004-2005, 2 ts.; Rivas, Adolfo A. (dir.) y Machado Pelloni, F. M. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2003; Moneey, Alfredo Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, Córdoba, La Docta, 2002; Sagüés, N. y Serra, Ma. M., *Derecho procesal constitucional en la provincia de Santa Fe*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

⁸⁷ Cfr. Rivera Santiviáñez, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007; Baldivieso Guzmán, René, *Derecho procesal constitucional*, Santa Cruz, Gráficas Sirena, 2006; Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2004; Asbun, Jorge et al., *Derecho procesal constitucional boliviano*, Santa Cruz, Academia Boliviana de Derecho Constitucional, 2002; Decker Morales, José, *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, 2002.

⁸⁸ Cfr. Gonçalves Correia, Marcus Orione, *Direito processual constitucional*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007; Siqueira Junior, Paulo Hamilton, *Direito processual constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006; Baracho, Jose Alfredo de Oliveira, *Direito processual constitucional: Aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte, Fórum, 2006; Medina, Paulo Roberto de Gouveia, *Direito processual constitucional*, 3a. ed., Río de Janeiro, Forense, 2005; Guerra, Gustavo Rabay, *Direito processual constitucional*, Recife, Nossa Livraria, 2005; Cantonni de Oliveira, Marcelo, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004; Guerra Filho, Willis Santiago, *Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Síntese, 1999; Rosas, Roberto, *Direito processual constitucional*, 3a. ed., São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1999.

⁸⁹ Cfr. Hernández Valle, R., *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., San José, Juricentro, 2001.

⁹⁰ Cfr. Henao Hidrón, J., *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, Temis, 2003; Rey Cantor, E., *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales*, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001; de este mismo autor, *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; y García Belaunde, D., *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

⁹¹ En la Revista *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, que edita el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca y dirigida por Humberto Nogueira Alcalá, se dedica a las memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: "Desafíos del derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI", Santiago, 2006; Bordalí Salamanca, A., *Temas de derecho procesal constitucional*, Santiago de Chile, Fallos del mes, 2003; Zúñiga Urbina, F. y Perramont Sánchez, A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, vol I: *Proceso de amparo de derechos fundamentales*; vol. II: *Proceso de constitucionalidad*, y vol. III: *Teoría del derecho procesal constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002-2003; si bien no con este título, la materia también es abordada por Zúñiga Urbina, F., *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002, 2 ts.

⁹² Cfr. Pérez Tremps, Pablo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Quito, Editora Nacional, 2005. Si bien con diversa denominación, debe mencionarse la obra de Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

México,⁹³ Nicaragua,⁹⁴ Panamá⁹⁵ y Perú.⁹⁶ Además de los libros, debe agregarse la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*⁹⁷ (la primera en su género con esa denominación), así como el apar-

⁹³ Cfr. Landa, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2006; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006, 4 ts.; de este mismo autor, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004; García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *op. cit.*, nota 15; Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional?*, *cit.*, nota 7; Gil Rendón, Raymundo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004; Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2002; Gozaini, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

⁹⁴ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.

⁹⁵ Cfr. Barrios González, Boris, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Panamá, Portobelo, 2002; González Montenegro, Rigoberto, *Curso de derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Panamá, Litho Editorial Chen, 2003; Rodríguez Robles, Sebastián, *Derecho procesal constitucional panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, 1993.

⁹⁶ Cfr. García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006; Palomino Manchego, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Gijley, 2005, 2 ts.; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005; Quiroga León, Anibal, *Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara, 2005; Abad Yupanqui, Samuel B., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004; Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Jurista Editores, 2004, 2 vols.; Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2006, 2 ts.; García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Grijley, 2003; de este mismo autor, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Marsol, 1998; Landa Arroyo, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003; Palomino Manchego, José F. *et al.*, *Syllabus de derecho procesal constitucional*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003; Eto Cruz, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Derecho y Sociedad, 1992.

⁹⁷ Con ocho números hasta la fecha de aparición semestral (2004-2007), publicada en México por la Editorial Porrúa y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

tado (desde la edición de 2002) que sobre la materia aparece en el *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, publicada por la Fundación Konrad Adenauer;⁹⁸ que se unen a las importantes publicaciones especializadas relativas al *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, que se publica desde 1985, debido al impulso del recién desaparecido constitucionalista francés Louis Favoreu (1936-2004) que dirigió el “Groupe d’Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle”, en Aix-en-Provence;⁹⁹ así como el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, que inició en 1997, con 11 números a la fecha, dirigido por Francisco Fernández Segado y editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

En este sendero de publicaciones existen dos colecciones especializadas. En Argentina, los *Estudios de derecho procesal constitucional*, con tres números (2002-2007);¹⁰⁰ y en México, la *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*, con veinte títulos (2004-2007).¹⁰¹

⁹⁸ Este Anuario se publicó primero en Buenos Aires y en años recientes en Montevideo. Hasta la fecha se han editado 12 números, el último correspondiente al año 2006. A partir de la edición de 2002 aparece un apartado específico sobre “Derecho procesal constitucional”.

⁹⁹ Actualmente este importante grupo de investigación es dirigido por André Roux, con publicaciones importantes sobre la justicia constitucional a nivel mundial.

¹⁰⁰ El director de la colección es el destacado jurista argentino Julio B. J. Maier y se publica en Buenos Aires por la Editorial Ad Hoc y la Fundación Konrad Adenauer. Los tres libros que hasta el momento la integran son: Viturro, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de la constitucionalidad*, núm. I, 2002; Córdoba, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, núm. II, 2003; Lozano, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, núm. III, 2007.

¹⁰¹ Dirigida por quien escribe y publicada por la Editorial Porrúa y el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Los autores y títulos son: Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, núm. 1, 2004; Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, núm. 2, 2004; Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán)*, núm. 3, 2005; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, núm. 4, 2005; Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, núm. 5, 2005; Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, núm. 6, 2005; Castro y Castro, Juventino V., *El amparo social*, núm. 7, 2005; Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, núm. 8, 2005; Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, núm. 9, 2005; Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, núm.

Este desarrollo inusitado que ha experimentado el derecho procesal constitucional, en las tres vertientes mencionadas, se debe a múltiples factores. En primer lugar, a la importancia que tiene la protección de la Constitución en los Estados democráticos contemporáneos, propiciando la incorporación y aumento de instrumentos procesales para su tutela. En segundo lugar y como consecuencia, se ha generado una intensa tarea de codificación, acompañada del auge en la creación de magistraturas especializadas para resolver los conflictos constitucionales, sea a través de tribunales constitucionales autónomos (dentro o fuera del Poder Judicial), sean salas constitucionales o bien mediante las nuevas facultades de las cortes supremas, que paulatinamente se han transformado en guardianes e intérpretes supremos de los valores, principios y normas constitucionales.

Ante este estado de cosas, parece evidente que estamos en un proceso franco de expansión y consolidación de una nueva disciplina jurídica, lo que nos lleva a preguntarnos ¿cuándo surge el derecho procesal constitucional?, ¿en qué momento se puede ubicar su nacimiento científico?, ¿existe un fundador de la disciplina?

Para poder responder a estas interrogantes es necesario distinguir dos realidades: el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social y el derecho procesal como ciencia. Esta dualidad fenomenológica se refleja con mayor precisión si previamente analizamos la manera en que surge el estudio científico del “derecho procesal” y del “derecho constitucional”.

V. LA CIENCIA PROCESAL Y LA CIENCIA CONSTITUCIONAL

La ciencia del derecho es una sola. Tradicionalmente se ha dividido en dos grandes ramas: derecho público y derecho privado. Así ha prevaleci-

10, 2005; Carpizo, J., *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, núm. 11, 2005; Narváez Hernández, José Ramón, *Breve historia del ombudsman en México*, núm. 12, 2006; Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional y la descentralización y las libertades*, núm. 13, 2006; Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, núm. 14, 2006; Landa, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, núm. 15, 2006; Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, núm. 16, 2006; Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, núm. 17, 2006; Mijangos y González, J., *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, núm. 18, 2007; Colombo Campbell, J., *El debido proceso constitucional*, núm. 19, 2007; Brewer-Carías, A. R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, núm. 20, 2007.

do desde Roma, no sin cierta polémica, en el que la división entre el *ius privatum* y el *ius publicum* ha dominado a partir de la fórmula de Ulpiano: *publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; derecho privado el que se refiere a la utilidad de los particulares). A partir de esta concepción han surgido teorías y criterios para tratar de distinguir estas grandes ramas jurídicas, atendiendo a los aspectos materiales (contenido de intereses tutelados), formales (norma externa de las relaciones jurídicas) subjetivos (sujetos dotados de imperio), entre otros.¹⁰²

No es el momento para advertir detenidamente esta evolución y la manera en que han aparecido nuevos enfoques y tendencias, al surgir un *tertium genus*, como el derecho social, hasta quienes niegan la utilidad de esas distinciones. Por lo que aquí interesa, debemos señalar que es corriente mayoritaria la aceptación relativa a que el derecho procesal y el derecho constitucional forman parte del derecho público y su autonomía científica inicia bajo el perfil del derecho público alemán en la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan en el siglo XX.

A) El derecho procesal como parte de la ciencia jurídica, es decir, la moderna ciencia procesal como disciplina autónoma, tiene su origen a partir de la doctrina de los pandectistas alemanes a mediados del siglo XIX. Se afirma por la mejor doctrina procesal que para lograr su autonomía científica influyeron dos acontecimientos. Por una parte, la famosa polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857),¹⁰³ al confrontar la primitiva *actio* romana con la *klage* germánica, lo que provocó la concepción de la acción como derecho subjetivo diferenciado del derecho material. Como lo expresara Couture, “la separación del derecho y de la

¹⁰² Para una aproximación a esta distinción, véase la voz “Derecho público y derecho privado”, en Bodo, Ricardo N., *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1979, t. VIII, pp. 166-171. Asimismo, la voz “Derecho público”, en el *Diccionario de derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, de Emilio Fernández Vázquez, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 217 y 218.

¹⁰³ Respecto de esta polémica: *Polemica intorno all' actio: Windscheid-Muther*, traducción del alemán de Ernst Heinitz y Giovanni Publiese, Florencia, Sansón, 1954. Sobre las posturas de la polémica Windscheid-Muther, así como las corrientes contemporáneas sobre la acción procesal, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la acción”, *Cuadernos Procesales. Órgano de divulgación del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, año III, núm. 5, julio de 1999, pp. 1-9.

acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”, siendo a partir de ese momento “que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil”.¹⁰⁴ Por la otra, se ha estimado fundamental la aparición de la obra de Oskar von Bülow (1868) sobre la *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*,¹⁰⁵ al marcar el inicio del derecho procesal como ciencia.¹⁰⁶ A decir de Alcalá-Zamora y Castillo, la obra de Bülow vendría a significar para el derecho procesal lo que Becaria para el derecho penal.¹⁰⁷ Esta obra marca el inicio de un desarrollo dogmático nuevo, por dos razones fundamentales: primero, por haber encauzado la naturaleza del proceso en una corriente publicista, cuyas interpretaciones privatistas (contrato o cuasicontrato) quedaron arrumbadas; y segundo, por haber provocado todo un movimiento científico de gran calado, primero en Italia y seguida con renovación en el mundo.¹⁰⁸ Bülow estudia al proceso como una relación jurídica, postura que fue seguida por Kohler en su obra *El proceso como relación jurídica* (1988). En esos años se va consolidando la nueva concepción del derecho procesal, seguida con autores como Stein, Degenkolb y la trascendental obra de Adolf Wach, *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*.¹⁰⁹

A partir de entonces y especialmente con el desarrollo posterior del procesalismo científico italiano a principios del siglo XX encabezado por Giuseppe Chiovenda, en su famosa prolucción leída en la Universidad de Bolonia en 1903,¹¹⁰ la ciencia del derecho procesal adquiere su florecimiento, alcanzando su consagración durante la primera mitad del mismo siglo. Discípulos y condiscípulos continuaron el desarrollo de la dogmá-

¹⁰⁴ Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal*, pp. 63 y 64.

¹⁰⁵ Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, EJE, 1964. La obra original: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, publicado por Emil Roth en Giesen, 1868.

¹⁰⁶ Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 15; Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1922, t. I, p. 83.

¹⁰⁷ Cfr. “Evolución de la doctrina procesal”, en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1992, t. II, núms. 12-13, p. 293.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 308.

¹⁰⁹ Traducción de Juan M. Semon, Buenos Aires, EJE, 1962.

¹¹⁰ *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Valparaíso, Edeval, 1922 (*L'azione nel sistema dei diritti*, Bolonia, 1903).

tica procesal, como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Redenti, Enrico Tulio Liebman, Salvatore Satta, Enrico Allorio, Ugo Rocco, Vincenzo Manzini, Emilio Betti, Marco Tulio Zanzuchi, Vittorio Denti, Virgilio Andrioli, Eugenio Florian, Mauro Cappelletti, sólo por mencionar a juristas italianos de gran calado intelectual, sin menoscabo del desarrollo en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Schönke, Stein, Kisch, Rosenberg, Goldschmidt, etcétera) y posteriormente en España (Francisco Beceña, Leonardo Prieto-Castro, Jaime Guasp, Manuel de la Plaza, Emilio Gómez Orbaneja y Miguel Fenech, entre otros).

En Latinoamérica la corriente científica del proceso se conoció y desarrolló por juristas exiliados, de la talla de Rafael de Pina Milán y especialmente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (en México), Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi (en Argentina), Enrico Tulio Liebman (en Brasil) y James Goldschmith (en Uruguay). Entre las figuras latinoamericanas que coadyuvaron notablemente al desarrollo científico procesal, se encuentran Eduardo Juan Couture (Uruguay), Ramiro Podetti, Hugo Alsina, Eduardo B. Carlos, Jorge A. Clariá Olmedo (Argentina) y Alfredo Buzaid (Brasil), entre otros.

Así, el fenómeno histórico social o, si se prefiere, el hecho histórico “de lo procesal” o “procedimental” existió desde la antigüedad. En cambio el estudio científico de dicho fenómeno ocurrió a partir de su autonomía con las áreas sustantivas. Esto no significa que no deban estudiarse dichos antecedentes, sino más bien se quiere hacer énfasis en que el derecho procesal nace, como ciencia, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y no con los procesos y procedimientos, o las magistraturas o jurisdicciones que los resolvían instituidas desde la antigüedad. Alcalá-Zamora y Castillo de manera gráfica lo expone diciendo “el proceso como *realidad* es muy anterior al proceso como *literatura*”¹¹¹ y así realiza una clasificación de las cinco etapas de la evolución del pensamiento procesal, desde el periodo primitivo, etapa judicialista, escuela practicista, periodo del procedimentalismo, hasta la fase actual de evolución en la que nos encontramos denominada procesalismo científico.¹¹²

¹¹¹ “Evolución de la doctrina procesal”, *op. cit.*, nota 107, p. 308.

¹¹² *Cfr. op. cit.*, nota 107, pp. 293-325. Esta clasificación ha sido ampliamente acogida. La utilizan, entre otros, Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 67-78; José Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford, pp. 43-35; Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, 2a. ed.,

Este movimiento científico, que iniciara bajo la concepción del derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX (especialmente con Windscheid, Muther, Bülow, Kohler y Wach), y se forjara a principios del siglo XX en Italia a partir de Giuseppe Chiovenda (1872-1937) y desarrollada por su escuela: Carnellutti, Calamandrei, Liebmann, etcétera, condujo en la segunda mitad de dicho siglo a la adopción de una teoría general del proceso (fervientemente defendida por Carnellutti) o, como lo prefiere denominar Alcalá-Zamora y Castillo, de una teoría general del derecho procesal, concebida como la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento, que incluso se adoptó como asignatura universitaria.¹¹³

Como puede apreciarse, si bien es cierto que se suele considerar la obra de Bülow (1868) como el inicio de la moderna ciencia procesal, lo cierto es que la construcción científica es un eslabón en el pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio Alcalá-Zamora que ha estudiado como pocos la evolución de la doctrina procesal, reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí, de tal suerte que antes de Bülow hay un Wetzell, existe una polémica Windscheid-Muther y aún antes, en pleno siglo XVII, se encuentra un Benedicto Carpzov.¹¹⁴ Incluso, sin desconocer el mérito de Bülow, señala Alcalá que en realidad su teoría constituye un desenvolvimiento de las ideas de Hegel, que la vislumbra y de Hollweg que la sustenta. Incluso, la obra de Bülow no fue de exposición sistemática, como si lo fue la de Wach (1885).¹¹⁵ Y concatenando eslabones “La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda”¹¹⁶

Harla, 1995, p. 306. Véanse los textos más contemporáneos de Armienta Calderón, Gonzalo, *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*, México, Porrúa, 2003, pp. 25-29; Saíd, Alberto y González Gutiérrez, Isidro M., *Teoría general del proceso*, México, Iure Editores, 2006, pp. 84-116.

¹¹³ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 1, 1968, pp. 9-91.

¹¹⁴ Cfr. “Evolución de la doctrina procesal”, *cit.*, nota 107, p. 293.

¹¹⁵ *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, tomo I, Leipzig, 1885; citada por Alcalá Zamora y Castillo, *op. ult. cit.*, nota 107, p. 308.

¹¹⁶ Así se titula un detallado estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, publicado en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *cit.*, nota 107, t. II, núms. 12-13, pp. 547-570. Publicado originalmente en *Revista de Derecho Procesal*,

resultan claros, por lo que en realidad el padre del procesalismo científico italiano tuvo un influjo directo de la corriente científica de Alemania y Austria.

B) Algo similar también puede advertirse en el estudio científico del derecho constitucional, cuyo inicio se remonta con la adopción de las Constituciones escritas a finales del siglo XVIII. Se ha considerado que es en esa época donde inician, con poca vigencia, las primeras cátedras de *Diritto costituzionale* en Ferrara (1797), en Pavía (1797) y Bolonia (1798), y donde aparece una primera obra sobre la materia en la Universidad de Ferrara, por el profesor Giuseppe Compagnoni di Luzo, que escribiera su *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principii di giuspubblico universale* (Venecia, 1797);¹¹⁷ si bien con anterioridad en la Universidad de Oxford, el profesor William Blackstone (1758) enseñaba la Constitución y las leyes de Inglaterra (sin denominarla derecho constitucional), lo que lo llevó a escribir sus influyentes *Commentaries on the Laws of England* (1765).¹¹⁸

Durante el siglo XIX se fueron creando paulatinamente cátedras de derecho constitucional. En España, debido a la breve vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo artículo 368 establecía la obligación de que se explicase la Constitución “en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas”, surge la primera cátedra en Valencia, el 21 de septiembre de 1813, cuyo titular fue el civilista Nicolás Garely; y se inaugura en Madrid el 2 de febrero de 1814, con Miguel García de la Madrid. En Francia, primero con la denominación de *droit publique* o *droit politique* (1791) y luego con el rótulo de *droit constitutionnel* (1834) en la Sorbona, París, a iniciativa de Guizot y cuyo primer catedrático fue el italiano

Buenos Aires, I, 1947, pp. 389-410 (en homenaje a Chiovenda en su décimo aniversario de su muerte).

¹¹⁷ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, en Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 21.

¹¹⁸ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, t. II, pp. 41-45. La obra completa consta de XI tomos. Linares se apoya para estas afirmaciones en las obras de Jorge Aja Espil, *En los orígenes de la tradística constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 49 y ss.; y de Massimo Palmerini, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Edizione dell’Ateneo, 1947, p. 2. En el mismo sentido Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2a. reimp. de la 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, t. I, pp. 42 y 43.

Pellegrino Rossi (que había estudiado en Bolonia donde ya se enseñaba), expresión aceptada por la Academia Francesa en 1835. Si bien en algunos casos combinado con la ciencia política. Más tarde en España el derecho constitucional se incluye en los planes de estudio en 1835, inicialmente con la denominación de derecho público y a partir de 1857 con la expresión “derecho político” o “derecho político constitucional”.¹¹⁹ Con la consagración de las Constituciones escritas en el siglo XX se fue acentuando la enseñanza como disciplina autónoma y especialmente al consolidarse la corriente científica del derecho constitucional.

Con independencia de las cátedras, se suele considerar el surgimiento de la disciplina constitucional con carácter autónomo, a partir del moderno derecho público alemán bajo una óptica estricta del método jurídico. Especialmente se señala la obra de Karl Friedrich Von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865),¹²⁰ (*Fundamentos de un sistema del derecho político alemán*), que de algún modo puede equipararse a la obra señalada de Bülow para el derecho procesal, no por construir propiamente la autonomía de la disciplina, sino esencialmente por la nueva concepción y repercusión derivada de la misma, es decir, por su concepción y metodología estrictamente jurídica, que con el tiempo desembocó en la ciencia del derecho constitucional.

Como lo señala García-Pelayo,

La aparición del derecho constitucional en el pasado siglo (XIX) no es más que un caso particular de la dispersión del viejo *Corpus Iuris Publicii* en varias ramas (derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal, derecho procesal), dispersión debido a dos clases de motivos: por un lado, al progreso en la racionalización de los órdenes jurídicos y políticos, que da lugar a una serie de separaciones objetivas de tales órdenes

¹¹⁹ *Tratado de la ciencia...*, cit., nota 118, pp. 42-44, especialmente Linares Quintana se apoya en Luis Sánchez Agesta, “Las primeras cátedras españolas de derecho constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 126, noviembre-diciembre de 1962, p. 157; Rubio Llorente, Francisco, voz “Derecho constitucional”, *Enciclopedia jurídica civitas*, vol. II, p. 2208; Fernández Vázquez, Emilio, voz “Derecho constitucional”, *Diccionario de derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, cit., nota 102, pp. 204-209. Asimismo, véase Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, cit., nota 117, p. 22.

¹²⁰ *Cfr.*, entre otros, Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 74; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., nota 118, t. II, p. 48.

(entre justicia y administración, entre éstas y legislación, entre ley y Constitución, etcétera), con lo que dentro de la realidad jurídico-pública surgen unos objetos autónomos que requieren tratamiento autónomo; por otro lado, al progreso en la precisión de los métodos jurídicos que proporcionó el instrumento gnoseológico adecuado para satisfacer las necesidades teóricas y técnicas. En resumen: si bien el nacimiento del derecho constitucional se vincula de un modo inmediato con la problemática planteada por el Estado democrático liberal, responde, sin embargo, a causas más generales y profundas, y de las que ese mismo Estado era efecto.¹²¹

En esta corriente de la pureza del método jurídico, surgen figuras notables como Paul Laband y especialmente Georg Jellinek, que con su *Teoría general del estado* (1900), se ha considerado como “un hito de profundo significado en el proceso evolutivo, no solamente del derecho constitucional, sino de toda la ciencia jurídica en general”.¹²² La utilización del método jurídico como técnica de estudio del derecho público fue seguida en Italia por Vittorio Émmanuele Orlando, a partir de la prelucción pronunciada en la Universidad de Palermo sobre *Los criterios técnicos para la reconstrucción del derecho público* (1885),¹²³ aportación que fue aclarada y complementada por otra obra aparecida en 1952,¹²⁴ por lo que es considerado como el padre del derecho público italiano (especialmente del constitucional). Como lo señala Lucas Verdú de la primera obra señalada de Orlando, “supone una exposición a su programa científico con matices de vibrante manifiesto que anuncia la formación de la dirección técnico-jurídica hoy enraizada en Italia” y completa comentando que “era menester una ciencia del derecho concebida como materia y como técnica, en términos jurídicos. Lo cual parecería demasiado obvio, pero implicaba la depuración de los ingredientes políticos, filosóficos y

¹²¹ García-Pelayo, Manuel, “Prólogo a la primera edición”, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editores, 1999, pp. 9 y 10. La primera edición es de 1951.

¹²² Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., nota 118, t. II, p. 55.

¹²³ Cfr. su obra *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, Módena, 1925. Citada por Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, cit., nota 117, p. 27.

¹²⁴ Cfr., su trabajo “La rivoluzione mondiale e il diritto”, *Studi di diritto costituzionale en memoria di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 729 y 730. Citado por Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 117, p. 27, notas 22 y 23.

sociológicos que dificultaban una ciencia del derecho público sistemático”.¹²⁵

En ese sendero de la técnica y dogmática jurídica que se iniciara bajo el empuje del derecho público alemán con Gerber, Laband y Jellinek, progresivamente a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX fueron apareciendo autores que le dan sustento a la disciplina jurídico constitucional. El punto de inflexión histórica del cambio, como ha señalado Lombardi, lo representa Vittorio Emanuele Orlando. Señala este autor que

...en su trabajo del 8 de enero de 1889, y que como preludeo a sus Cursos de derecho administrativo y constitucional fue leído en la Universidad de Palermo, hace ya casi un siglo, con el título *Los criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del derecho público*, sigue las pautas establecidas en otros estudios anteriores, que fueron también preludios a los Cursos de Módena (4 de diciembre de 1885, titulado *Orden jurídico y orden político*) y Messina (12 de diciembre de 1886, que significativamente se refiere a *La necesidad de una reconstrucción jurídica del Derecho constitucional*). En todos ellos se afirma rotundamente la distinción entre el derecho constitucional y lo que más adelante se llamará “ciencia de la política”, a la vez que se reivindica la autonomía del derecho constitucional a través de la afirmación de la primacía del momento jurídico como objeto y razón de su estudio, con la consiguiente proclamación para el mismo del método propio de las otras ramas de la jurisprudencia como único medio válido para la reconstrucción de sus institutos.¹²⁶

Esta lucha por el método jurídico se aprecia con claridad en sus *Principi di diritto costituzionale*.¹²⁷

Siguiendo la línea iniciada por Orlando,¹²⁸ su más destacado discípulo Santi Romano continuó consolidando el método jurídico en el estudio del derecho constitucional. Maestro y discípulo, ambos académicos y políticos, contribuyeron a la consagración del estudio técnico jurídico del de-

¹²⁵ Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *cit.*, nota 117, p. 27.

¹²⁶ Lombardi, Giorgio, “Derecho constitucional y ciencia política en Italia”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 22, julio-agosto de 1981, p. 84.

¹²⁷ Florencia, G. Barbera, 1889.

¹²⁸ Una recopilación de los estudios de Orlando aparece en su *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1949) coordinati in sistema*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1940.

recho constitucional. Como señala Lucas Verdú, “Orlando fue el fundador de la moderna escuela italiana del derecho público. Romano significa su definitiva continuación y consolidación”.¹²⁹ Santi Romano tuvo una influencia importante como catedrático de derecho constitucional (Universidades de Módena, Pisa, Milán y Roma) y derecho administrativo (Universidad de Camerino). Fue miembro del Senado y presidente del Consejo de Estado. Sus obras relativas a *L'ordinamento giuridico* (1918) y *Corso di diritto costituzionale* (1926) resultan fundamentales para el desarrollo posterior de la disciplina, hasta llegar a sus *Principi di diritto costituzionale* (1945) y *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947).¹³⁰

La consolidación de la ciencia del derecho constitucional se fue construyendo significativa y especialmente en Italia, Francia y Alemania. Destacan dentro de la escuela italiana, además de los mencionados Orlando y Santi Romano, Constantino Mortati, Vezio Crisafulli, Egido Tosato, Leopoldo Elia, Carlo Esposito, Livio Paladin, Mario Galizia, Carlo Lavagna, Paolo Barile, Giorgio Ballardore Pallieri, Temistocle Martines, Paolo Biscaretti di Ruffia, Franco Pierandrei, Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace, Antonio La Pérgola, Gustavo Zagrebelsky, Giuseppe de Vergotinni, Franco Modugno, Sergio Bartole y Antonio Ruggeri.¹³¹

En cuanto a los autores franceses figuran Adhémar Esmein, Eduard Lambert, León Duguit, Boris Mirkine Guetzévitch,¹³² Joseph Barthélemy, Maurice y André Hauriou, Raymond Carré de Malberg, Maurice Duverger, Georges Vedel, Georges Burdeau, Marcel Prétot, Louis Favoreu, Gérard Conac y Michel Troper.¹³³

¹²⁹ “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho...”, *cit.*, nota 117, p. 32.

¹³⁰ Para una valoración general de la obra de Santi Romano, véase Frosini, Vittorio, “Las transformaciones de la doctrina del Estado en Italia”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 202, julio-agosto de 1975, pp. 145-154, especialmente pp. 147 y ss.

¹³¹ Hay autores que desde la filosofía del derecho, ciencia política, teoría general del derecho o historia constitucional, han realizado contribuciones especialmente importantes para el derecho constitucional, como Massimo Severo Giannini, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Mauricio Fioravanti y Michelangelo Bovero, entre otros.

¹³² Si bien este autor enseñó en Petrogrado, se trasladó a Francia después de la Primera Guerra Mundial, obteniendo la nacionalidad francesa y destacando por sus obras jurídicas, como lo advierte Linares Quintana, *op. cit.*, nota 118, p. 132.

¹³³ Sólo se mencionan algunos autores clásicos, si bien existen otros importantes constitucionalistas contemporáneos, como Frank Moderne, Pierre Bon, François Luchaire, Michel Fromont y Dominique Rousseau, entre otros. En general, sobre un sector de la escuela francesa, véase el trabajo de Lucas Verdú, Pablo, “Maurice Duverger y la nueva

Y en la escuela alemana Hermann Héller, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Karl Loewenstein, Rudolf Smend, Konrad Hesse, Theodor Maunz, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz, Ernest Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Friedrich Müller y Peter Häberle. Sólo por mencionar algunos autores emblemáticos, y sin ningún ánimo de exhaustividad, que de manera magistral han sentado las bases de la teoría constitucional y teoría del Estado desde una perspectiva jurídica, contribuyendo a la consolidación de la ciencia del derecho constitucional. En la actualidad son abundantes los manuales y libros que llevan el título de la disciplina, si bien su contenido abarca múltiples capítulos que reflejan su incesante crecimiento: derechos fundamentales, derechos humanos, derecho parlamentario, derecho electoral, derecho judicial, derecho regional o estadual, etcétera. Sagüés advierte la manera en que el derecho constitucional de nuestros días afronta una verdadera “crisis de crecimiento” debido a su incontenible desarrollo que bien puede causar su fraccionamiento en varias sub-signaturas constitucionalistas.¹³⁴

En el ámbito anglosajón también se fue construyendo la ciencia del derecho constitucional, si bien con una construcción pragmática, privilegiando el aspecto técnico y jurisprudencial sobre el dogmático. Sólo como una muestra y tampoco con ningún fin de exhaustividad que rebasaría los fines del presente epígrafe, destacan las siguientes obras clásicas referidas al constitucionalismo británico y estadounidense. Entre las primeras: *The Reports of Sir Edward Coke* (13 partes, 1600-15) e *Institutes of the Laws of England* (IV vols., 1628-44), de Sir Edward Coke; *The Elements of the Common Laws of England*, de Sir Francis Bacon (1630); *Commentaries of the Laws of England*, de William Blackstone (IV vols. 1765-69); *The English Constitution*, de Walter Bagehot (1867); *La Constitution d'Angleterre*, de Jean Louis De Lolme (1771); *An introduction to the principles of morals and legislation*, de Jeremy Bentham (1789); *Reflections on the Revolution of France*, de Edmund Burke (1790); *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, de Albert Venn Dicey (1885); *The American Commonwealth*, de James Bryce (1888); *The Expansion of the Common Law*, de Sir Frederick Pollock (1904); *The Constitutional History of England: a Course of Lectures*,

escuela francesa de derecho constitucional”, *Boletín de la Universidad Compostelana*, Santiago de Compostela, núm. 67, 1959, pp. 283-293.

¹³⁴ Sagüés, N. P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., nota 118, pp. 40 y 41.

Maitland, Frederic William (1908); y *Studies in the Problem of Sovereignty*, de Harold J. Laski (1917); *Fundamental Law in English Constitutional History*, de J. W. Goug (1958). En la actualidad son abundantes los textos y manuales especialmente con el título de *Constitutional and Administrative Law*.¹³⁵

En cuanto a las segundas: *The Federalist*, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (1787-88); *The Rights of Man*, de Thomas Paine (1791-92); *Commentaries on the American Law*, de James Kent (IV vols., 1826-30); *Commentaries on the Constitution of the United States* (III vols., 1833) y *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834), de Joseph Story; *De la démocratie en Amérique*, de Alexis de Tocqueville (IV vols., 1835-40); *La Histoire des États Unis*, de Édouard Laboulaye (III vols., 1855-66); *The Constitution of the United States: Defined and Carefully Annotated*, de George W. Paschal (1868); *An Introduction to the Constitutional Law of the United States*, de John N. Pomeroy (1868); *A treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (1868) y *The general principles of constitutional law in the United States of America* (1880), ambas de Thomas M. Cooley; *The Common Law*, de Oliver Wendell Holmes Jr. (1881); *Congressional Government. A Study in American Politics*, de Woodrow Wilson (1885); *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays* (1914) y *The Constitution and what it means today* (1920), ambas de Edward Samuel Corwin; y *Constitutionalism: Ancient and Modern*, de Charles Howard McIlwain (1940). En la actualidad también abundan los textos sobre *Constitutional Law*, como los de Bernard Schwartz, Gerald Gunther, Geoffrey Stone, Lochhart-Kamisar-Choper-Shiffrin, Laurence H. Tribe, C. Herman Pritchett, Stone-Seidman-Sunstein-Tushnet, Freud-Sutherland-Howe- Brown, Howak-Rotunda-Youg, M. R. Forrester, entre otros.

De esta forma y de manera paralela al procesalismo científico, la ciencia del derecho constitucional surge con las Constituciones escritas en los siglos XVIII-XIX¹³⁶ y se desarrolla fundamentalmente en el siglo

¹³⁵ Véanse, entre otros, Pollard, David *et al.*, *Constitutional and Administrative Law. Text and Materials*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹³⁶ Un panorama interesante de la situación del constitucionalismo a mediados del siglo XIX, puede verse en la obra conmemorativa del centenario de la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1857, en la que participaron un importante número de juristas a

XX, especialmente cuando se acepta su autonomía de la ciencia política.¹³⁷ Como bien lo señala Pérez Royo “antes de la constitución hay reflexión político-jurídica de alcance constitucional, muy interesante por cierto, pero no hay ni puede haber todavía un intento de estudiar ordenada y metódicamente la nueva forma de articulación jurídica del Estado”.¹³⁸

En cambio, su estudio como fenómeno histórico social, como forma de poder y de organización del Estado, se remonta a la Grecia antigua. Así puede advertirse de las obras de Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, *Política*, y *Constitución de Atenas*; de Platón: sus *Diálogos: República, Político*, y *Las leyes*; y de Cicerón: *Sobre la República*, y *Las leyes*. Con estos autores se inicia el estudio de las instituciones políticas y se prolonga con muchas otras obras y pensadores clásicos a través del tiempo, como *La ciudad de Dios*, de San Agustín (413-426); *Summa Theologica*, de Santo Tomás de Aquino (1265-74); *Defensor pacis*, de Marsilio de Padua (1324); *Breviloquium de potestate tyrannica*, de Guillermo de Ockham (1346); *El príncipe* (1513) y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1512-17), de Nicolás Maquiavelo; *Utopía*, de Santo Tomás Moro (1516); *Franco-Gallia*, de François Hotman (1573); *Los seis libros de la República*, de Jean Bodin (1576); *De Cive* (1642) y *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico* (1651), de Thomas Hobbes; *El ejercicio de la magistratura y el reinado*, de John Milton (1649); *Ensayos sobre el gobierno civil*, de John Locke (1660-1662); *Ensayos sobre moral y política*, de David Hume (1741-42); *El espíritu de las leyes*, de Charles-Louis de Montesquieu (1748); y *El contrato social*, de Jean-Jaques Rousseau (1762). Autores y obras universales, entre otras, que influyeron notablemente en el pensamiento político y especialmente en la filosofía política. Sin embargo, como lo expresa claramente Linares Quintana,

nivel mundial. Cfr. varios autores, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 2 ts., 1957.

¹³⁷ En cuanto a los vínculos existentes y diferencias entre la ciencia política y el derecho constitucional, véase Romero, César Enrique, “Ciencia política, derecho político y derecho constitucional (aportes didácticos)”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 185, septiembre-octubre de 1972, pp. 269-282.

¹³⁸ *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 59.

...la ciencia del derecho constitucional reconoce un origen relativamente reciente, sea porque la idea de la consideración científica autónoma de las distintas partes del derecho data de hace poco tiempo, sea por la dificultad metodológica de aislar los problemas jurídicos del Estado de aquellos históricos, filosóficos, políticos y sociológicos.¹³⁹

De esta forma, puede sostenerse que si bien la ciencia del derecho constitucional surge a partir del siglo XIX, se consolida en el siglo XX y especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando su estudio se convierte estrictamente jurídico y autónomo de la ciencia política y de otras disciplinas. Se transita de una teoría política constitucional a una dogmática jurídica constitucional. Pérez Royo ubica tres periodos en la evolución de la ciencia del derecho constitucional. La primera comprende desde la Revolución francesa hasta la Revolución de 1848, en la cual el derecho constitucional es exclusivamente derecho político y se estudian los principios del Estado constitucional con un afán proselitista para obtener la victoria sobre el régimen absolutista; la segunda, al consolidarse el Estado constitucional, desde la Revolución de 1848 hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914, periodo en el cual la Constitución es considerada como documento político y el derecho constitucional adquiere carácter enciclopédico por su vinculación con las ideas y formas políticas; la tercera, se inicia al finalizar la Segunda Guerra Mundial y en la cual se afirma la concepción de la Constitución como norma, de tal suerte que el derecho constitucional se estudia como disciplina jurídica y se escinde de otras disciplinas afines.¹⁴⁰ En época reciente, incluso, se afirma con gran caudal una corriente denominada “neoconstitucionalismo”,¹⁴¹ que podría desembocar en una nueva etapa evolutiva de la ciencia del derecho constitucional.

De todo lo dicho en este epígrafe se advierte que el estudio científico del derecho procesal y del derecho constitucional surge a partir de la co-

¹³⁹ *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., nota 118, p. 15. Linares Quintana se apoya en la obra de Palmerini, Massimo, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 40 y 41.

¹⁴⁰ *Cfr.* Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, cit., nota 138, pp. 59-62.

¹⁴¹ Sobre esta nueva corriente científica, véanse los interesantes trabajos contenidos en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; y *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

riente del derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan como disciplinas jurídicas autónomas durante el siglo XX.

VI. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO-SOCIAL Y COMO CIENCIA

El derecho procesal constitucional comprende también dos realidades: el fenómeno histórico-social y su estudio científico.

A) El primero de ellos comprende el análisis de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como las jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así, se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las “fuentes históricas” de la disciplina sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas. A continuación esbozamos el fenómeno histórico social del derecho procesal constitucional sin ningún propósito de exhaustividad, dividiendo su análisis en las cuatro etapas históricas:¹⁴²

1. *Antigüedad*

Advierte Cappelletti algún antecedente remoto en Grecia. Se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (que equipara a una especie de ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (que lo considera como un decreto). El *pséfisma* debía ajustarse al *nómos* para que fuese legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómos* consistía esencialmente en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranó-*

¹⁴² Consideramos de utilidad dividir el análisis del fenómeno histórico social del derecho procesal constitucional en las cuatro etapas en que tradicionalmente se ha dividido la historia: Edad Antigua (desde la invención de la escritura, 3000 años a. C., hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, 476); Edad Media (476 hasta el descubrimiento de América, 1492); Edad Moderna (1492 hasta la revolución francesa, 1789); Edad Contemporánea (1789 hasta nuestros días).

non; además, el efecto también consistía, por fuerza de principio, en la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómos*.¹⁴³

Al estudiar los antecedentes del juicio de amparo mexicano, algunos juristas han encontrado instituciones o antecedentes remotos en dos figuras del derecho romano. En el interdicto pretoriano de *Homine libero exhibendo* (Ley I, Libro 43, Título 29 del Digesto), consistente en un mecanismo para la defensa de los hombres libres que eran detenidos con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal suerte que se podía exhibir al hombre libre (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) a través de un procedimiento sumarísimo.¹⁴⁴ José Claudio Ferrier en su Paratitla de los Títulos del Digesto señala:

Con este entredicho compele el pretor al que retiene con dolo â un hombre libre, â que lo presente. No es de asunto particular ô de interés meramente privado, sino de oficio y a favor de la libertad. Es exhibitorio. Què sea exhibir, lo dice el & 8 de la L. 3 de este título (2). También es popular; pues â nadie se ha de prohibir que pida â favor de la libertad, L. 3 & 9 eod.; pero si muchos lo intentan, el pretor elige uno, el mas interesado, el mas idóneo, y quedan los demás escluidós. L. 3, & 13. Se da contra el que dolosamente detiene al hombre libre, L. 1, h; por consiguiente cesa contra el que detiene con justa causa, L. 3, & 2 et seq. H. t., y contra el que detiene, porque el detenido lo quiere, salvo que esté engañado ó seducido. L. 3, & 5. Ha de constar para que tenga lugar, que el detenido es libre, ó está en posesión de su libertad. L. 3 & 7. L. 4, & 1, h. t. Concorre con el juicio de la ley favia contra los plagiarios sin que mutuamente se destruyan, pues el entredicho se dirige â la exhibición, y el procedimiento criminal â la pena y al escarmiento. L. 3, *in prin*. H. t. Es perpétuo, L. 3, & últ., y eso se introdujo contra la índole de las acciones populares a favor de la libertad.¹⁴⁵

Por otra parte, en la República romana se creó el tribunado de la plebe por una demanda y conquista de los plebeyos, a manera de contrapoder

¹⁴³ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1987, pp. 46-48.

¹⁴⁴ *Cfr.*, entre otros, Burgoa, I., *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 48 y 49; y Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 8a. ed. revisada y actualizada por José Luis Soberanes, México, Porrúa, 2004, vol. I, t. I, pp. 59 y 60.

¹⁴⁵ Ferrier, José Claudio, *Paratitla ó exposición compendiosa de los títulos del Digesto*, México, Santiago Pérez, 1853, t. II, pp. 139 y 140 (edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007).

de los cónsules. La casa del tribuno debía estar abierta día y noche para la defensa de éstos y eran nombrados por la asamblea de la plebe (*concilium plebis*). El tribunado de la plebe se instituía como sacrosanto (*sacrosanctitas*), por lo cual tenía protección de cualquier daño. A través de la *Intercessio tribunicia* se solicitaba ante el tribunado de la plebe *appellatio auxilium* en contra de un mandato de los magistrados y la protección se podía extender para anular las leyes.¹⁴⁶ Este tribuno de la plebe defendía los intereses populares, al impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*), otorgando protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxilii*).¹⁴⁷ Incluso, la *intercessio* “fue un instrumento clave en la oposición política llevada a cabo por el tribuno de la plebe frente a las decisiones de los magistrados patricios”,¹⁴⁸ al poder vetar la ley o propuesta del magistrado que incluía otros tribunos de la plebe (*ius intercessionis*).

2. Edad Media y Edad Moderna

Se ha considerado al *Habeas Corpus Amendment Act* del 28 de mayo de 1679, con dieciocho preceptos, como el primer ordenamiento detallado que regula a un proceso constitucional, si bien existió desde la Carta Magna de 1215 y en la Ley Inglesa de 1640.¹⁴⁹

También en el Reino de Aragón existió una figura encargada de velar por el cumplimiento exacto de los diversos fueros. El justicia mayor apareció en el siglo XII y tuvo su esplendor entre los años 1436 y 1520, que incluso se hablaba en esa época de la figura del “justiciazgo” para comprender a la justicia y a sus lugartenientes. Conocían fundamentalmente de los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran: de inventario, de firma de derecho, de aprehensión y de manifestación de persona). La finalidad de los mismos consistía en la protección o defensa de

¹⁴⁶ Cfr. Batiza, Rodolfo, “Un preterido antecedente remoto del amparo”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 4, abril-junio de 1947, pp. 429-437.

¹⁴⁷ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, cit., nota 21, p. 183.

¹⁴⁸ Rasón, César, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, p. 62.

¹⁴⁹ Cfr. Sagüés, Néstor P., “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 22.

los súbditos en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero en perjuicio de los mismos. En las Cortes de Tarazona, de 1592, se estableció que el cargo de justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído por el rey, así como los nombramientos de los lugartenientes, lo que provocó el decaimiento de la institución. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (1707) constituyen el antecedente formal de su desaparición.¹⁵⁰

Para Cappelletti el antecedente directo del control judicial de las leyes fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento, especialmente el célebre *Bonham's Case* de 1610. No obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688.¹⁵¹ De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward Coke, que logró acogida en los Estados Unidos y paradójicamente fue abandonada en Inglaterra y ahora en sus ex colonias, donde ha prevalecido la “supremacía del parlamento” y no la de los jueces.¹⁵²

Asimismo, se han encontrado instituciones en el derecho indiano, especialmente como antecedentes del juicio de amparo mexicano.¹⁵³ Los recursos ante las Audiencias de México y Guadalajara,¹⁵⁴ el recurso de

¹⁵⁰ Sobre los procesos forales aragoneses y el Justicia Mayor existe una amplia bibliografía. Véanse, entre otros, Bonet Navarro, Ángel, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982; López de Haro, C., *La Constitución y libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Madrid, Reus, 1926, especialmente pp. 1-12, 336-385 y 426-625; Fairén Guillén, V., *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 7-49. Una síntesis del funcionamiento del Justicia Mayor y de la bibliografía existente, puede verse en nuestra obra *La acción constitucional de amparo en México y España (Estudio de derecho comparado)*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 5-18.

¹⁵¹ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional...*, cit., nota 143, pp. 48-57.

¹⁵² Cfr. Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, traducción de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, en Favoreu, Louis (ed.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662, véanse pp. 560 y 561.

¹⁵³ Una visión panorámica del derecho indiano puede verse en la obra de Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 221-544.

¹⁵⁴ Sobre las facultades de estas Audiencias, véanse, entre otros, Soberanes Fernández, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980; de este mismo autor, “Introducción al estudio de la Audiencia de México”, *Revista de Inves-*

fuerza;¹⁵⁵ el recurso “obedézcase pero no se cumpla”;¹⁵⁶ el recurso de nulidad por injusticia notoria;¹⁵⁷ y lo que el historiador del derecho Andrés Lira González ha bautizado como el “amparo colonial”,¹⁵⁸ tesis seguida por Barragán Barragán¹⁵⁹ y García Belaunde en el Perú,¹⁶⁰ cuya naturaleza en realidad corresponde a un interdicto posesorio. El propio Barragán Barragán ha puesto de relieve los cuatro amparos regulados por las Siete Partidas.¹⁶¹ Mención especial merece la obra de José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez, denominada *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, que han estudiado con profundidad desde la perspectiva histórica a la institución, desde los amparamientos en las Partidas, los antecedentes aragoneses, anglosajones y coloniales, los orígenes constitucionales en Yucatán y de los diversos ordenamientos, su consagración federal de 1847 y 1857, su polémica durante el siglo XIX, hasta su consagración definitiva en la actual Constitución de 1917.¹⁶²

3. Edad contemporánea

En este periodo se desarrollan las Constituciones escritas. Las ideas de John Locke y de Montesquieu sobre la división del poder encuentran acogida y sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y

tigaciones Jurídicas, año 3, núm. 3, 1979, pp. 465-476; “La administración superior de justicia en Nueva España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, núm. 37, enero-abril de 1980, pp. 143-200.

¹⁵⁵ Cfr., entre otros, Margadant, Guillermo F., “El recurso de fuerza en la época novohispana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 172-174, t. XL, julio-diciembre de 1990, pp. 99-125.

¹⁵⁶ Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 266 y 267.

¹⁵⁷ Cfr., entre otros, Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, cit., nota 144, p. 64.

¹⁵⁸ Cfr. Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

¹⁵⁹ Cfr. Barragán Barragán, José, “Los reales amparos”, en su obra *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978.

¹⁶⁰ Cfr. García Belaunde, Domingo, “El amparo colonial peruano”, en su obra *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 79-87.

¹⁶¹ Cfr. su libro *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2a. ed., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2000.

¹⁶² Cfr. Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002.

la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra el principio de supremacía constitucional en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ya Hamilton comentaba este principio en *El Federalista* al sostener que la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces, de tal manera que “debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.¹⁶³

El punto de inflexión del fenómeno histórico social, en su dimensión contemporánea, se suele ubicar en el paradigmático caso *Marbury vs. Madison* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, por el *Chief Justice* John Marshall¹⁶⁴ y especialmente a través de la repercusión de la *judicial review of legislation* a nivel mundial. Si bien, como lo señala Grant, el control judicial de las leyes no es propiamente una invención norteamericana, sino más bien la aplicación, en las Constituciones escritas, de los principios y de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad.¹⁶⁵ Incluso antes de ese famoso y trascendental fallo de Marshall, el tribunal de New Jersey en el caso *Holmes vs. Walton* (1780), resolvió un caso de inconstitucionalidad de un estatuto local y provocó incluso que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. Esa práctica ya se realizaba en las entidades federativas. El juez Wythe, maestro de Marshall y que integraba el tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la Constitución (caso *Commonwealth vs. Caton*, de 1782).¹⁶⁶

Cappelletti advierte la influencia del control judicial de las leyes estadounidenses y señala una tendencia evolutiva común y universal del fenómeno, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas, a manera de una dialéctica hegeliana (tesis, antítesis y síntesis), que denominó como “derecho natural”, “derecho legal” y “justicia constitucional”. En los países del *common law*, surge la primera eta-

¹⁶³ Hamilton, Alexander *et al.*, reimp., México, FCE, 1994, LXXVIII, p. 332.

¹⁶⁴ Existe una bibliografía impresionante sobre Marshall y especialmente del famoso fallo de 1803. Una biografía moderna puede verse en Smith, Jean Edward, *John Marshall. Definer of a nation*, Nueva York, Henry Holt, 1996.

¹⁶⁵ Grant, J. A. C., “La Constitución de los Estados Unidos”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 691-730.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 703 y 704.

pa derivada del pensamiento de Coke, si bien implícita cuatro siglos antes en Bracton, consistente en la supremacía del *common law*; la segunda época, con la Revolución de 1688, en la que se olvida la enseñanza de Coke y prevalece la supremacía del parlamento sobre el *common law*; y la tercera, cuando surgen las Constituciones escritas y se establecen en los Estados Unidos de Norteamérica las cortes supremas para hacer prevalecer la *higher law*, a partir del paradigmático caso resuelto por la Corte Suprema de 1803, si bien con ciertos precedentes anteriores resueltos por las cortes supremas estatales como el propio Marshall lo señala.¹⁶⁷

Esta tendencia evolutiva también puede advertirse en la familia jurídica de base romanística. En el *civil law*, estimaba que se pueden ubicar también estas tres etapas, si bien en épocas posteriores: la primera, en el que las escuelas iusnaturalistas proclamaban la inaplicabilidad de leyes contrarias al derecho natural. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la *Hereuse impuissance* (feliz impotencia) del rey de violar las *lois fondamentales du royaume*, es decir, la doctrina francesa de la inviolabilidad de las *leges imperii*. Esta concepción del *jus naturale* que arraigó de manera importante, lo vinculaba con el pensamiento de Platón y de Aristóteles, y particularmente con la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a Cicerón. Consideró que de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. En la segunda etapa prevaleció el principio de legalidad, mientras que en la tercera el pensamiento de Kelsen al establecer cortes especializadas para interpretar las Constituciones.¹⁶⁸

En este periodo debe también mencionarse las ideas del abate Sieyès y el Senado Conservador de la Constitución francesa de 1799, que tuvieron impacto en el siglo XIX y en el pensamiento de Carl Schmitt. Según este autor, a la muerte de Cromwell (1658) y después de los primeros ensayos modernos de Constituciones escritas, se propuso una corporación especial, a manera del eforato espartano, que viniera a mantener la ordenación existente del *Commonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Encontraron ahí su origen las ideas referentes a un “defensor de

¹⁶⁷ Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 461-467.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 464 y 465.

la libertad” y luego a un “defensor de la Constitución”, que se abrieron paso en el círculo de Harrington. Dice Schmitt que

Ahí tiene su origen la idea de aquellas que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la Revolución francesa. En Francia, en la Constitución del año VIII (1799) aparece el Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por esto es doblemente interesante comprobar que el *Sénat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo.¹⁶⁹

Las argumentaciones de Schmitt, por supuesto, están encaminadas a defender su postura ideológica relativa al decisionismo político y es por ello que acoge la doctrina de Benjamín Constant relativa al órgano moderador u órgano neutro o armónico, como veremos en su oportunidad.

Los antecedentes en estos cuatro periodos históricos sólo representan un bosquejo sin entrar en mayor detalle y en otros precedentes como los existentes en Latinoamérica en el denominado sistema colombo-venezolano de control constitucional de leyes (1850-58) o la instauración del juicio de amparo en la Constitución del estado de Yucatán de 1841. Hemos tratado simplemente de señalar algunas de las instituciones, figuras, etapas, ideologías y momentos relevantes y significativos en el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico-social, a manera de “fuentes históricas” de la disciplina, que como sucede en otras áreas del conocimiento, su estudio dogmático se desarrollaría después.

B) La ciencia del derecho procesal constitucional, o si se prefiere, la dogmática del derecho procesal constitucional, en cambio, adquiere relevancia a partir de la creación de los tribunales constitucionales europeos. Especialmente de la Corte Constitucional austriaca de 1920 y particularmente a partir del influyente estudio de Hans Kelsen de 1928, como veremos más adelante. Este influyente ensayo podría representar lo que la obra de Bulöw para el derecho procesal o la de Gerber para el derecho

¹⁶⁹ *La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 27 y 28.

constitucional, al desencadenar el comienzo de una nueva concepción dogmática y que repercutiría después en la autonomía científica de sus disciplinas. Esto no significa ignorar la importancia de otros trabajos anteriores, muy valiosos por cierto, pero que no tuvieron el impacto que causó aquel trabajo precursor de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, basamento sobre el cual se construyó lo que hoy se conoce como derecho procesal constitucional en su dimensión científica.

Con la polémica ideológica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, los planteamientos del segundo se consolidaron y se dieron ampliamente a conocer, surgiendo una nueva corriente dogmática. A partir de ahí se inicia una transición a la luz de la corriente del procesalismo científico. Primero al advertir su existencia como disciplina autónoma, luego su desarrollo dogmático, hasta llegar a su sistematización científica como rama procesal. De tal suerte que es en este periodo donde debemos ubicar el nacimiento del derecho procesal constitucional como ciencia (1928-1956). Los siguientes epígrafes se destinarán a visualizar las distintas aportaciones de cada uno de los protagonistas que coadyuvaron en su formación: Kelsen, Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio.

VII. KELSEN ¿FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL? (1928-1942)

En los últimos años ha surgido un interesante debate sobre el fundador del derecho procesal constitucional.

El punto de partida lo constituye la afirmación de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*¹⁷⁰ publicada en México en 1947. El destacado procesalista español advierte en esta obra: “Como San Juan en su Evangelio (I,1), también el procesalista podría decir que en el principio fue el proceso... y que luego después se han ido agregando calificativos a medida que han ido surgiendo nuevas ra-

¹⁷⁰ México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2a. edición, con prólogo de Héctor Fix-Zamudio), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

mas...;”¹⁷¹ y al referirse al nacimiento de varias ramas del proceso, como la administrativa y la laboral, enfatiza también sobre el

...surgimiento de un proceso constitucional, por un lado, en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos, que siendo su hermana menor en jerarquía, ha sido en diversos países su hermana mayor en el orden del tiempo (además de implicar en sí misma una nueva ampliación procesal) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que, como ha demostrado Jerusalén, el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austriaca del 10. de octubre de 1920, inspirada por Kelsen, a quien, por tanto, debemos considerar fundador de esta rama procesal, a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931.¹⁷²

Como puede apreciarse, Alcalá-Zamora considera a Kelsen como “fundador de esta rama procesal”, teniendo en cuenta que 1) inspiró la creación de la jurisdicción constitucional austriaca; 2) realizó un importante estudio sobre la misma (se refiere al de 1928, que expresamente cita en nota al pie de página); y 3) por haber repercutido en el constitucionalismo de otros países.

El más destacado de sus discípulos, Héctor Fix-Zamudio, en su tesis elaborada para obtener el grado de licenciado en derecho (1955), que más adelante analizaremos con detalle al constituir el primer planteamiento conceptual y sistemático de la disciplina como ciencia autónoma procesal, considera acertada la apreciación de su maestro. En el capítulo tercero que denomina “El derecho procesal constitucional”, que luego apareciera publicado como artículo independiente al año siguiente (1956), señala:

Y si el nacimiento del derecho procesal civil como disciplina científica se fija, según la mayoría de los tratadistas, en el año de 1868 en que Oscar Bülow dio a la luz su conocidísimo tratado *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, el comienzo de la ciencia del de-

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 207 (1a. ed. de 1947); pp. 215 y 216 (2a. ed. de 1970) y p. 214 (3a. ed. de 1991, en realidad reimpresión de la 2a. ed.).

¹⁷² *Ibidem*, pp. 214 y 215 (edición de 1991).

recho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928 en el cual el ilustre Hans Kelsen publica un estudio sistemático sobre la materia: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, ensayo que nos ha servido de modelo para intitular este trabajo, y que es considerado por el maestro Alcalá-Zamora como fundamental para la disciplina que examinamos, debiendo hacerse notar que la labor del ameritado juriconsulto austriaco no sólo fue de naturaleza teórica, sino también práctica, toda vez que durante los años de 1919 hasta 1929, desempeñó simultáneamente dos cargos: catedrático de la Universidad de Viena y juez constitucional en la Corte creada por él.¹⁷³

La postura del maestro y su discípulo fue seguida por varios autores de manera pacífica.¹⁷⁴ En años recientes, sin embargo, la polémica ha resurgido fundamentalmente por las dudas generadas por dos de los principales cultivadores de la materia: Néstor Pedro Sagüés y Domingo García Belaunde, cuyas aportaciones para el desarrollo posterior de la ciencia del derecho procesal constitucional han resultado fundamentales, a manera de forjadores de segunda generación.

Sagüés cuestiona la “tesis Alcalá-Fix” al estimar que

De Kelsen se ha dicho, y no sin fundados motivos, que fue su estructuración científica la que permitió la moderna concepción del derecho procesal constitucional. No obstante, y sin perjuicio del decisivo aporte del maestro de la Escuela de Viena, cabe alertar que si el derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos “procesos constitucionales” de *habeas corpus*, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería. A lo dicho, cabe agregar que la implementación de aquellos trámites es muy anterior a la erección de la Corte constitucional austriaca, y que ya existía una “magistratura constitucional” (no especializada, claro está) antes de Kelsen. En resumen, pues,

¹⁷³ Fix-Zamudio, Héctor, “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo”, tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, UNAM, p. 62. El capítulo III, quedó publicado como “El derecho procesal constitucional”, *La Justicia*, enero de 1956, p. 12302.

¹⁷⁴ *Cfr.*, entre otros, Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 157.

de seguirse una noción amplia del derecho procesal constitucional, habría que remontarse a aquellos institutos jurídicos —algunos de ellos con siglos de antigüedad— destinados a salvaguardar la libertad física y otros derechos humanos, aunque entonces no hubiera “Constitución formal” en el sentido moderno de esa expresión.¹⁷⁵

Recientemente Domingo García Belaunde ha elaborado una nueva tesis. Con la acuciosidad y precisión del dato que lo caracterizan, ha rastreado la utilización de la expresión “derecho procesal constitucional” por parte de los juristas en los diversos países latinoamericanos y europeos, así como la significación que le han prestado. Con base en estos datos y de las conjeturas documentales e históricas de la creación del Tribunal Constitucional austriaco, el destacado constitucionalista peruano considera en uno de sus trabajos más recientes que debe considerarse a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo como el fundador de la disciplina. Considera que fue el primero que utilizó la expresión con el ánimo de advertir una nueva disciplina científico procesal y no al jurista vienés que más bien inspiró a la jurisdicción constitucional como órgano concentrado de control, sentando las bases teóricas de su desarrollo. Debido a la importancia de su argumentación y del hallazgo y conjeturas históricas de varios documentos, a continuación transcribimos las consideraciones medulares de la narración de García Belaunde:

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 Quinta 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”; *cfr. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal), Walter de Gruyter & Co., 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

¹⁷⁵ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, t. I: *Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 6 y 7. Esta postura ha sido defendida por su autor desde hace tiempo.

“jurisdicción” constitucionales, como si fueran sinónimos, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (*cf.*: “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, *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 la 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). Y con anterioridad al debate en torno a la ponencia de Kelsen que se llevó a cabo en una sesión especial el 20 de octubre de 1928 en el *Institut International de Droit Public*. 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 posguerra.

D) De la lectura atenta que se hace de la ponencia 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 sólo 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) Aún 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....

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 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).¹⁷⁶

Hasta aquí las consideraciones contundentes de García Belaunde relativas a considerar al procesalista Alcalá-Zamora y Castillo como el fundador del derecho procesal constitucional desde su perspectiva científica y no al maestro de la Escuela de Viena, cuyas aportaciones considera deben valorarse en su justa dimensión.

Las posturas de Sagüés y de García Belaunde son sugestivas y llenas de contenido. Ambos tienen razón según la perspectiva con la cual se analice. A nuestro modo de ver el debate sobre el “fundador” de la disciplina carece de una precisión previa y elemental: ¿qué debemos entender como fundador de una disciplina jurídica?

En una primera aproximación semántica de “fundador”, refiere al adjetivo “Que funda”, lo que nos engarza con el acto mismo de “fundar”, que significa “establecer, crear” y con “fundación” que se dirige al “principio, erección, establecimiento y origen de una cosa”.¹⁷⁷ Ahora bien, este principio y origen se refiere: ¿a las instituciones o a la disciplina que las estudia? Y ahí encontramos la importancia del alcance que le demos al propio derecho procesal constitucional. Atendiendo a la respuesta a estos interrogantes será la posible consecuencia de la paternidad de la ma-

¹⁷⁶ García Belaunde, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142. Este trabajo fue presentado como ponencia en el Congreso sobre “Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional” en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006.

¹⁷⁷ *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Real Academia Española, 1992, t. I, voces “Fundador”, “Fundar” y “Fundación”, pp. 1004 y 1005.

teria, si es que puede atribuirse a un solo jurista tal calificativo. Es más, podríamos entrar también al debate previo sobre las distinciones entre “precursor” y “fundador” que suelen emplearse en las distintas disciplinas. Partiendo también de su connotación, “precursor” refiere a “que precede o va delante, que profesa o enseña doctrinas o acomete empresas que no tendrán razón ni hallarán acogida sino en tiempo venidero”.¹⁷⁸

La tesis de Sagüés parte, como él mismo lo reconoce, de una concepción “amplia de derecho procesal constitucional”. De ahí la importancia en distinguir el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social de su caracterización científica, como lo hemos expuesto en un epígrafe anterior. Si buscamos el origen de la disciplina en su primera perspectiva, como acertadamente lo destaca el profesor argentino, tendríamos que escudriñar desde la antigüedad y difícilmente llegaríamos a una convicción sobre su fundador y más bien tendríamos que atender a los acontecimientos, personajes, instituciones, ideologías o instrumento jurídicos relevantes para la disciplina en estudio. En un trabajo diverso, el propio Sagüés reconoce que no es sencillo precisar cuándo nace el derecho procesal constitucional. Como “antecedentes más lejanos” señala el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, preludio del *habeas corpus* inglés que ya aparece en la Carta Magna de 1215 o bien los procesos forales aragoneses junto con el Justicia Mayor. En cambio sostiene como “fuentes más próximas, claras y precisas”, a manera de “tres cumpleaños” de la disciplina: 1) el *Habeas corpus Amendment Act* de 1679, al constituir el primer ordenamiento que meticulosamente regula un proceso constitucional; 2) el emblemático caso *Marbury versus Madison* de 1803, a partir del cual se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad; y 3) la promulgación de la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920, paradigma de tribunal constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad.¹⁷⁹

Como se aprecia, Sagüés no considera el trabajo de Kelsen de 1928 ni los desarrollos posteriores de la disciplina procesal. Es claro que su postura descansa en la concepción del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, que en realidad es la “concepción amplia” a la

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 1654.

¹⁷⁹ Véase su trabajo: “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 93, t. I, pp. 507 y 508.

que alude. Bajo esa perspectiva adquiere lógica el planteamiento del profesor argentino y nos llevaría además a referirnos a otros acontecimientos y personajes también relevantes en su configuración, como puede ser el *Bonham's Case* de 1610, resuelto por Edward Coke que influyó a la postre en la postura adoptada en los Estados Unidos relativa a la supremacía constitucional sobre la supremacía del parlamento. También podría mencionarse a los Tribunales de Justicia Constitucional previstos en algunas Constituciones alemanas (Baviera y Sajona 1818-1831) un siglo antes de la instalación de la Constitución austriaca y que seguramente tuvo presente Kelsen. Las ideas de Benjamin Constant sobre el poder neutro o moderador que encontró eco en ciertas latitudes y a manera de una etapa evolutiva de desarrollo de los órganos de control y de las garantías de la Constitución.¹⁸⁰ O bien el antecedente directo del amparo, en su concepción contemporánea de garantía constitucional y diferenciada del *habeas corpus*, cuyo origen se encuentra en la Constitución del estado de Yucatán en 1841 debido a las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, por sólo mencionar algunos de los antecedentes relevantes bajo esta perspectiva del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social.

En cambio, la postura de García Belaunde descansa no en su vertiente histórica social, sino en su concepción científica, es decir, en la disciplina que se encarga de su estudio. La pregunta que se hace García Belaunde es otra: ¿cuándo nace la ciencia que estudia el derecho procesal constitucional? O si se prefiere ¿en qué momento surge su concepción como nueva disciplina jurídica? Como ha quedado establecido, el constitucionalista peruano con agudeza pone de relieve, a través del análisis documental, que el primer jurista en advertir la existencia de una nueva disciplina con la denominación precisa de “derecho procesal constitucional” lo es Alcalá-Zamora y Castillo, cuando en su exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947) de manera expresa así lo afirma. Por un lado 1) advierte la existencia de una nueva rama procesal; y 2) le otorga un nombre.

¹⁸⁰ Sobre el tema, véase Vega, Pedro de, “El poder moderador”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 116, abril-junio de 2002, pp. 7-24; reproducido en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 215-238.

Esta postura descansa en una concepción “formal” de fundador, al identificarla con el individuo que “descubre” su existencia y la “bautiza”. Eso es precisamente a lo que se limitó Alcalá-Zamora y Castillo, a señalar: 1) la existencia de una “legislación procesal constitucional” desde un trabajo publicado originalmente en Italia en 1938 que elaborara un año antes en su primer exilio en París, derivado del conocimiento que tenía del Tribunal de Garantías Constitucionales, al que le había dedicado un ensayo que publicó en 1933; 2) la denominación de la disciplina, quedando reflejada en el título de su libro recopilatorio *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicado en Argentina (1944), que incluye los dos artículos mencionados en el punto anterior, y que puntualmente advierte en una breve reseña a un comentario sobre un libro de amparo, que aparece en la *Revista de Derecho Procesal de Argentina* (1945); y 3) el surgimiento de un “proceso constitucional” y que el fundador de esta rama del derecho lo es el jurista Hans Kelsen, como lo apunta en su libro mexicano publicado en 1947, cuya parte correspondiente reproducimos líneas arriba. Sin embargo, sus aportaciones hasta ahí llegaron como lo reconoce el propio García Belaunde.

Ahora bien, todo depende de la concepción que se le atribuya a la expresión “fundador”. Si la entendemos desde una perspectiva formal, será la persona que visualiza por vez primera la dimensión “disciplina” en su sentido científico y le otorga el *nomen iuris*. Bajo esta concepción la tesis de García Belaunde adquiere fuerza. Alcalá-Zamora y Castillo sería el fundador.

Habría que preguntarnos si realmente podemos atribuirle tal calificativo al destacado procesalista español, que como ha quedado señalado sólo se limitó a destacar la existencia de la disciplina sin contribuir en lo absoluto en sus perfiles, alcances o contenidos, ni al estudio del “proceso constitucional” como figura procesal. Es más, no le dedica ni siquiera un artículo o apartado específico de un libro a la cuestión. Si analizamos con detenimiento su obra publicada en Argentina (1944), tiene el gran mérito de utilizar por vez primera la expresión en el título: *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, donde sobresalen dos trabajos relativos al análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales y al derecho procesal en España. Con mayor exactitud deja ver la denominación también al año siguiente en la *Revista de Derecho Procesal* (1945), al advertir que la institución del amparo debe ser parte de la dis-

ciplina, pero sin realizar propiamente ningún aporte dogmático a la misma. En su importante libro publicado en México de 1947, no le dedica más de un párrafo al asunto y además no lo realiza a través de una argumentación principal, sino derivada de una más amplia relativa a la “materia litigiosa” y al “ensanchamiento del proceso” hacia nuevas fórmulas (administrativa, laboral y constitucional).

¿Debemos otorgarle el calificativo de fundador del derecho procesal constitucional a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo? Nadie duda de su amplísima e importante obra dentro de la corriente del mejor procesalismo científico, especialmente en el derecho procesal civil y penal, contribuyendo de manera importante en la aceptación de la concepción unitaria de la ciencia procesal apoyando la corriente de Carnelutti, que condujo incluso a la enseñanza de una teoría general del proceso y a una materia propia en los planes de estudio universitarios que propuso y logró el propio Alcalá-Zamora. La importancia de su pensamiento y obra ha sido reconocida recientemente por la comunidad internacional, al dedicarse a su memoria el *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*.¹⁸¹ Sin embargo, su aportación a esta rama del derecho procesal se redujo a destacar su existencia y denominación.

¿Es suficiente ese hallazgo para considerarlo fundador del derecho procesal constitucional? Tiene razón García Belaunde al advertir que debe valorarse en su justa dimensión la aportación de Hans Kelsen, debido a que su ensayo se dirigió al análisis científico de la jurisdicción constitucional como órgano concentrado que había creado, pero no a la concepción de la disciplina. Es por ello que debe considerarse a Kelsen como “precursor” de la disciplina científica —nos apoyamos en la connotación semántica que señalamos en líneas arriba—, esto es, el que aportó las bases teóricas que hallaran acogida tiempo después en el mejor procesalismo científico. Pero con ese mismo realismo, también habría que valorar en su justa dimensión la aportación de Alcalá-Zamora y Castillo, que a lo más se le podría reconocer como “fundador nominal”.

En cambio, si atendemos a la connotación material de la expresión, podría considerarse a otro el carácter de “fundador conceptual”. Y ahí

¹⁸¹ Celebrado en la Ciudad de México del 22 al 26 de septiembre de 2003. Las memorias quedaron publicadas en cuatro extensos volúmenes por la UNAM, bajo la coordinación de Marcel Storme y Cipriano Gómez Lara. La mesa inicial del evento se dedicó a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

nuevamente dependerá del análisis histórico que se realice para atribuirle ese calificativo a un solo jurista.

Kelsen fue el primero en desarrollar una teoría general sobre la defensa jurisdiccional de la Constitución a través de un órgano concentrado. En eso pareciera que existe consenso. Lo hace en su trabajo publicado en Francia precisamente con la denominación de “La garantía jurisdiccional de la Constitución” y con el subtítulo “La justicia constitucional”.

¿Es este el trabajo fundacional del derecho procesal constitucional? Ahí radica la duda de García Belaunde y su teoría resulta útil para advertir una sutil distinción: una cuestión es el primer estudio dogmático sobre la jurisdicción constitucional y otra situación distinta es la concepción científica de la disciplina procesal. Esta delicada distinción es la que nos puede llevar a diversas consideraciones no sólo sobre el fundador material de la disciplina, sino particularmente en la naturaleza propia de su concepción y desarrollo científico.

Kelsen realiza su estudio a la luz de su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca que ya tenía tiempo de funcionar. Esta teorización del fenómeno la emprende con el ánimo de justificar la existencia misma de su creación (1818-1920)¹⁸² y como parte del “sistema” sobre el cual el propio autor ya había dado una explicación “de conjunto” en su importante “Teoría general del Estado” (1925)¹⁸³ que años después cristalizaría en su *Teoría pura del derecho (Reine Rechtslehre)*, como teoría del derecho positivo, en tanto que es el propio ordenamiento jurídico su único y propio objeto de estudio, sin considerar apelaciones del derecho natural o la moral. Esta teoría obedece a la pregunta de ¿qué es y cómo es el derecho? Sin interesarle plantearse la cuestión del cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Su teoría descansa en la ciencia jurídica y no en la política del derecho.¹⁸⁴ Es bajo esta perspectiva donde se advierte la intención del autor para justificar su

¹⁸² Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Especialmente véanse pp. 246 y ss.

¹⁸³ Una síntesis de esta teoría que explica el control constitucional en un Estado federal, puede verse en Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un estado federal”, en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comp.), *La defensa de la constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 11-42.

¹⁸⁴ *Teoría pura del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2007.

postura del “sentido de la juridicidad” mediante el control del ejercicio del poder a través de un órgano independiente.

El origen de su trascendental ensayo sobre “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”,¹⁸⁵ deriva de la ponencia redactada en alemán que presentó en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena en abril de 1928. En esta ponencia, según nos relata García Belaunde, prefiere Kelsen la expresión “jurisdicción constitucional” a la de “jurisdicción estatal” y de ahí deriva que el traductor del texto al francés, su discípulo Eisenmann,¹⁸⁶ se toma la libertad de utilizar las expresiones “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional” como sinónimos y al utilizarlos de manera indistinta. Si bien es cierto lo anterior, prefiere no obstante la utilización de la expresión “jurisdicción constitucional” que se emplea en más de cincuenta ocasiones a lo largo del texto, mientras que la diversa de “justicia constitucional” la utiliza pocas veces y sin que se aprecie aparentemente alguna distinción semántica entre ambas expresiones, aunque prefiere esta última para el título del trabajo de Kelsen y para su propia tesis doctoral,¹⁸⁷ de donde se pudiera inferir alguna precisión conceptual entre ambas.

Kelsen identifica a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, y se refiere a esta dimensión “como un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.¹⁸⁸ En el preámbulo de su estudio advierte el objeto del mismo en una doble dirección: por un lado, como

¹⁸⁵ *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, año XXXV, t. 45, 1928, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143.

¹⁸⁶ Charles Eisenmann estudió con Kelsen y le dirigió su tesis doctoral, convertida en libro con prólogo del propio Kelsen, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, L.G.D.J., 1928. Existe edición facsimilar (París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986).

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Utilizamos la traducción española realizada por Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 9. La versión original de la traducción la realiza en el año de 1974 y aparece en *Anuario Jurídico*, México, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por Domingo García Belaunde, publicada en *Ius et Veritas*, Lima, año V, núm. 9, 1994, pp. 17-43. Otra versión es la traducción realizada por Juan Ruiz Manero, que aparece publicada en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, pp. 109-155.

cuestión teórica, estudiar la naturaleza jurídica de esa garantía teniendo en consideración el sistema que había ya expuesto en su *Teoría general del Estado* (1925),¹⁸⁹ por otra y como cuestión práctica, buscar los mejores medios en su realización, teniendo en cuenta su experiencia como magistrado y ponente permanente (*juge rapporteur*) de la Corte Constitucional de Austria. Su estudio lo divide en cinco partes: I. El problema jurídico de la regularidad; II. La noción de la Constitución; III. Las garantías de la regularidad; IV. Las garantías de la constitucionalidad, y V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

No es el momento de realizar un análisis detallado de cada apartado. Lo que interesa destacar es que su construcción se realiza desde la teoría general del derecho y en rigor su pretensión se dirige a defender su creación de jurisdicción como órgano concentrado de control constitucional de las leyes. Con esto queremos expresar que en realidad este importante trabajo rebasa el estudio particular de una disciplina en particular, entre ellas la procesal, si bien se advierte un conocimiento de esta materia que no desarrolla por no ser su objetivo, pero sí lo dejar ver en las instituciones que analiza. Especialmente se advierte en el cuarto apartado, relativo a “Las garantías de la constitucionalidad” y particularmente en los epígrafes dedicados al resultado y procedimiento del control de constitucionalidad. Así realiza un análisis de los efectos de las sentencias y llama la atención de los “principios esenciales del procedimiento” del control, así como al modo de iniciar el procedimiento. Incluso se pronuncia a favor de un *actio popularis*, aunque reconoce que esa solución entrañaría un “peligro” de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos. Y señala las posibles soluciones

...autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan duda sobre su regularidad, interrumpan el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el tribunal constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma. Podría también otorgarse ese poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas —ministros y cortes supremas— o incluso, restringirlas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —to-

¹⁸⁹ La versión original se denomina *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Verlag Von Julius Spinnger, 1925. Existe traducción al español por Luis Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, con múltiples ediciones en diversas editoriales.

mando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable.

Su postura fue parcialmente aceptada por la reforma de 1929.¹⁹⁰ A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de ese año, el sistema austriaco otorgó legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores, a saber, la Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*), y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Estos dos altos tribunales no contaban con una acción directa, sino vía incidental, derivada de una causa concreta. No deciden sobre el problema constitucional, sino sólo plantean la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, lo que provocó que se subsanara la deficiencia de la creación original de Kelsen que sólo permitía acciones directas de determinados órganos políticos y que el propio jurista con su experiencia jurisdiccional advirtió.

Esta preocupación de Kelsen sobre aspectos procesales seguramente proviene de su experiencia como magistrado del tribunal constitucional. En otro apartado de su trascendental trabajo de 1928, también consideró oportuno

...acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al tribunal constitucional, a una *actio popularis* y así permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas —resoluciones judiciales o actos administrativos— en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional, ya que se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación.

¹⁹⁰ Sobre esta reforma de 1929, véase Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., nota 182, pp. 266-269. La primera reforma constitucional sucedió en 1925, al introducirse una “consulta previa de competencia” que se dirigía a la Corte Constitucional por la Federación o los *Länder* acerca de la titularidad de una determinada competencia. La respuesta dada por dicha Corte podía integrar la constitución (interpretación auténtica). Cfr. *ibidem*, pp. 265 y 266.

Sus preocupaciones sobre aspectos eminentemente procesales también se advierten en su propuesta para crear “un defensor de la Constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciara de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares”. O bien la posibilidad de que el tribunal constitucional iniciara de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tenga dudas.

Donde mayor vinculación existe con la materia propiamente procesal es cuando se refiere a la utilidad de ciertos principios como el de “publicidad” y “oralidad” que los considera indispensables en el procedimiento ante el tribunal. Al respecto considera recomendable

...que de una manera general se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de estricto derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o que deben presentar— al tribunal. Los asuntos que conoce el tribunal constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del Colegio de jueces no debería ser también en audiencia pública.

Es curiosa esta última parte, ya que si bien los tribunales constitucionales y en general los órganos jurisdiccionales deliberan a puerta cerrada y algunos aceptan audiencias públicas de alegatos, recientemente la Suprema Corte mexicana en su carácter material de tribunal constitucional inició la deliberación pública de los asuntos (2005), cuya conveniencia la había advertido Kelsen desde entonces, teniendo en cuenta el principio de la publicidad del proceso.

Otro aspecto de relevancia procesal en la que se detiene Kelsen se vincula a las partes que intervienen en el procedimiento. Considera que deben tener acceso de control:

...la autoridad cuyo acto es atacado para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control o el particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento

del tribunal constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatoria la procuración de abogado en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio.

También se preocupó por sentar algunas premisas generales sobre el perfil y nombramiento de los jueces constitucionales: 1) el número de miembros no debe ser muy elevado considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamado el órgano constitucional a pronunciarse; 2) el nombramiento de los jueces no debe ser exclusivo del parlamento, del jefe de Estado o del gobierno, sino que debería combinarse, por ejemplo que el primero elija a los jueces a propuesta del gobierno, que podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente; 3) debe privilegiarse que los candidatos sean juristas de profesión, para lo cual podría concederse a las facultades de derecho o una comisión común de ellas el derecho de proponer candidatos o al propio tribunal, y 4) los jueces no deben ser miembros del parlamento o del gobierno, ya que precisamente sus actos son sujetos de control.

Como puede advertirse no le fueron ajenos a Kelsen los aspectos procesales y que le preocuparon debido a su experiencia como magistrado. Así advirtió cuestiones relevantes relativas a los efectos de la sentencia, modo de iniciar el procedimiento, sujetos legitimados, una posible acción popular, la cualidad de los integrantes del órgano y la adecuada representación de las partes, entre otros aspectos.

Ahora bien, la importancia del presente estudio no sólo radica en sentar las bases de los estudios dogmáticos sobre los tribunales constitucionales, sino también por la repercusión teórica y práctica derivada de la polémica sostenida con Carl Schmitt sobre quién debería ser el defensor de la Constitución. Cuatro años antes del estudio de Kelsen de 1928, Schmitt había presentado en el Congreso de Profesores de Derecho Público realizado en Jena en 1924 su postura,¹⁹¹ que luego retoma en un en-

¹⁹¹ Este congreso se realizó en Jena en 1924. La ponencia de Schmitt la denomina *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*. Cfr. el estudio preliminar de Guillermo Gasió en la obra de Kelsen *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995, p. IX.

sayo publicado en 1929¹⁹² y que “elaborado y ampliado” aparece como libro en 1931: *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*,¹⁹³ a manera de réplica a Kelsen. Como bien se sabe, Kelsen postulaba la necesidad de controlar el ejercicio del poder mediante un órgano jurisdiccional independiente de los tres poderes tradicionales, mientras que Schmitt se inclinaba por una tesis decisionista justificando que el defensor de la Constitución debería radicar en el titular del poder político, en el presidente del Reich, utilizando para ello la teoría política del poder neutral (*pouvoir neutre*) originaria de Benjamin Constant.¹⁹⁴ En el fondo la cuestión se resumía en una contraposición ideológica entre derecho y poder, en la contraposición del normativismo contra el decisionismo.¹⁹⁵

Unos meses después del libro de Schmitt (1931) aparece la contestación de Kelsen en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,¹⁹⁶ defendiendo su postura teórica sobre el control jurisdiccional de la Constitución. Considera que nadie puede ser juez y parte de su propia causa y que por ello quien realiza el control de constitucionalidad debería ser un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado, cuya naturaleza no es política sino semejante a la de los demás órganos jurisdiccionales. Su distinción radica en cuanto a que mientras el tribunal constitucional anula normas actuando como “legislador negativo”, los

¹⁹² “Der Hüter der Verfassung”, *Beiträge zum öffentlichen recht der Gegenwart*, Tübing, núm. 1, 1931; referencia de Pedro de Vega, en el “Prólogo” a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la constitución, cit.*, nota 169, p. 11. Sobre este trabajo, véase también García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1994 (3a. reimp. de la 3a. ed. de 1983), pp. 159-163.

¹⁹³ *Der Hüter der Verfassung- Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*, traducida al español por Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Editorial Labor, 1931. Nosotros consultamos la 2a. ed., con prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1998.

¹⁹⁴ Sobre la polémica, véase el trabajo de Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

¹⁹⁵ *Cfr.* Córdova Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, 2005, pp. 47-68.

¹⁹⁶ “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz. Monatschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechtswesens*, Berlín, 1931, t. 6, pp. 576-828; aparecido también como folleto editado por Grünewald W. Rothschild, Berlín, 1931; citado por Guillermo Gasió, en el “Estudio preliminar” a la obra de Kelsen, *op. cit.*, nota 191, p. X, nota 3.

demás tribunales dirimen controversias específicas. Critica la postura de Schmitt que concibe al parlamento como el único órgano que tiene las atribuciones de crear derecho y especialmente Kelsen dirige sus argumentos en el carácter ideológico del planteamiento de Schmitt al señalar que “La confusión entre *ciencia y política*, hoy tan apreciada, es el típico *método de las modernas formas ideológicas*”.¹⁹⁷

La importancia del pensamiento de Kelsen,¹⁹⁸ después de la polémica con Schmitt y una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, adquiere dimensiones trascendentales en la concepción e interpretación del derecho,¹⁹⁹ en las nuevas Constituciones democráticas y particularmente con la creación de los tribunales constitucionales. Y es ahí donde su concepción sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución a través de un órgano independiente de las tres funciones tradicionales del Estado adquiere fuerza y repercute en todas las ramas del derecho. Como sostiene García de Enterría, la justicia constitucional se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano y se centra en la cuestión fundamental de reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica.²⁰⁰

Por tanto, debemos preguntarnos nuevamente ¿es Kelsen el fundador conceptual del derecho procesal constitucional? Como hemos, visto el pensamiento del fundador de la *teoría pura del derecho* impactó en la concepción misma del derecho. Su estudio de 1928 puede ser analizado desde varias disciplinas jurídicas, especialmente por el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Si bien ese estudio se refiere específicamente a los instrumentos técnicos jurídicos de la defensa constitucional, lo cierto es que también se encuentra en un plano superior y general de las disciplinas jurídicas. No puede considerarse que sea un ensayo desde

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

¹⁹⁸ El pensamiento de Kelsen se refleja en múltiples facetas y disciplinas. Véanse estos variados enfoques en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2a. ed., México, UNAM-Ediciones Coyoacán, 2003.

¹⁹⁹ Para una comprensión de la interpretación jurídica a la luz del positivismo kelseniano, véanse los interesantes estudios de Schmill Ordóñez, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo” y de Tamayo y Salmorán, Rolando, “La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, ambos aparecen en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I, pp. 1053-1080 y 1157-1198, respectivamente.

²⁰⁰ *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *cit.*, nota 192, p. 175.

la dogmática procesal, ya que sus planteamientos rebasan de suyo esta dimensión y se ubican en un plano de la teoría general del derecho. Es por ello que pensamos que este estudio constituye no el “nacimiento de la disciplina científica” sino el “origen” de lo que vendría después. Representa el cimiento dogmático sobre el cual se fue construyendo el derecho procesal constitucional desde la corriente del procesalismo científico de la época. Y por ello tiene razón Fix-Zamudio cuando advierte, siguiendo a su maestro, que “el comienzo de la ciencia del derecho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928”,²⁰¹ no porque fuera el fundador como lo advierten estos dos juristas, sino fundamentalmente por iniciar una nueva concepción dogmática en el estudio de la jurisdicción constitucional y por las repercusiones que causó, sirviendo de soporte para la corriente del procesalismo científico.

En efecto, el pensamiento kelseniano impactó en las nuevas Constituciones democráticas y en la creación de los tribunales constitucionales en su dimensión de órganos jurisdiccionales (si bien con atribuciones y dimensiones políticas). Esta construcción dogmática que impactó en instituciones procesales previstas en las nuevas Constituciones, fue advertida por otra corriente que se abría paso en los mismos tiempos: la del procesalismo científico. Con base en aquel estudio pionero de Kelsen y la tendencia del constitucionalismo del momento, se inicia el encuadramiento del fenómeno a la luz del procesalismo científico, apareciendo las aportaciones de Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, cuyas contribuciones dogmáticas sucesivas y conjuntas le otorgaron la configuración científica al derecho procesal constitucional.

En general, la construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio Alcalá-Zamora así lo advierte para la evolución de la doctrina procesal. Reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí.²⁰² Y es por ello que consideramos de mayor provecho ubicar el periodo histórico en el cual surge la disciplina del derecho procesal constitucional, destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

²⁰¹ *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, 1955, *cit.*, nota 173, p. 62; “El derecho procesal constitucional”, *La justicia*, 1956, *cit.*, nota 1, p. 12302.

²⁰² *Cfr.* “Evolución de la doctrina procesal”, *cit.*, nota 107, p. 293.

Para una mayor claridad se pueden advertir cuatro etapas concatenando las contribuciones de estos insignes juristas, hasta llegar a su configuración sistemática como disciplina autónoma procesal:

1. *Precursora (1928-1942)*

Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio Kelsen publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaco y norteamericano (1942),²⁰³ que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

2. *Descubrimiento procesal (1944-1947)*

El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina, al titular su obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)* en 1944 y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945); y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocom-*

²⁰³ Kelsen, Hans, “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200. Existe traducción al español por Domingo García Belaunde, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, *Ius et Veritas*, Lima, año VI, núm. 6, 1993, pp. 81-90. Esta última traducción se reproduce en Argentina con nota introductoria de Germán J. Bidart Campos, *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, núm. 8435, 14 de febrero de 1994, pp. 1-5; así como en España, con nota introductoria de Francisco Fernández Segado, en *Di-reito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 213-231.

posición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso) en 1947.

3. *Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)*

Etapas en las cuales el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-1948) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955). Couture inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión “garantía” como sinónimo de derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. Calamandrei estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. Cappelletti agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina “jurisdicción constitucional de la libertad” que con el paso del tiempo se ha aceptado y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

4. *Definición conceptual y sistemática (1955-1956)*

El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza Fix-Zamudio en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado “al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico” y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano Héctor Fix-Zamu-

dio que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de Kelsen de 1928 así como las aproximaciones científicas de Calamandrei, Couture y Cappelletti, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en derecho (1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Y aquí nos volvemos a preguntar ¿quién es el fundador del derecho procesal constitucional? ¿Kelsen por su precursor estudio de 1928 al ser el primero que sienta las bases de la garantía jurisdiccional de la Constitución, en su dimensión concentrada? o ¿Fix-Zamudio en su trabajo de 1955 al representar el primer análisis cuyo objeto de estudio es la ciencia del derecho procesal constitucional?

Siguiendo la misma lógica de la tesis de García Belaunde, sería Fix-Zamudio el fundador conceptual, al haber fijado por vez primera sus contornos científicos, que han servido de base para su aceptación como una nueva rama del derecho procesal. Postura científica cuya construcción sistemática quedó establecida en ese fundamental trabajo de 1955. Fix-Zamudio continuó difundiendo sus ideas (con ciertos matices y desarrollos posteriores) sobre la base de lo que ya había construido en aquel pionero ensayo. No fue sino hasta tiempo después que adquiere vitalidad su postura. Especialmente en Latinoamérica a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, con un desarrollo progresivo, a tal grado que en el nuevo milenio se perfila como una más de las disciplinas jurídicas, si bien todavía falta un desarrollo dogmático procesal.

No se puede dudar de la aportación kelseniana al sentar las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de la constitucionalidad, así como la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del derecho en general y particularmente en el desarrollo del derecho constitucional. Sus aportaciones a la teoría general del derecho fueron de tal magnitud que influyeron en toda la concepción del derecho y de sus ramas. Es el precursor del derecho procesal constitucional, al establecer los cimientos de lo que vendría después: la acogida de su postulado en el seno mismo del procesalismo científico. Kelsen sembró la semilla. Alcalá-Zamora descu-

bre el pequeño retoño. Couture, Calamandrei y Cappelletti hacen que broten sus primeras ramas. Fix-Zamudio le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen.

Como veremos más adelante, las aportaciones científicas de Couture, Calamandrei y Cappelletti, desde diversos ángulos acercaron el procesalismo a la corriente del constitucionalismo de la época y resultaron fundamentales para ir configurando procesalmente el fenómeno, hasta llegar a la sistematización integral de la disciplina científica que realiza Fix-Zamudio con base en aquellos desarrollos.

Las aportaciones de estos juristas influyeron notablemente en Fix-Zamudio, pero se debe a él su primer acercamiento conceptual y sistemático como disciplina autónoma procesal. Las contribuciones de estos eminentes procesalistas no se realizaron pensando en la “nueva disciplina” como tal, si bien contribuyeron notablemente en diversos aspectos de su contenido y teniendo en cuenta la cimentación teórica de Kelsen.

De lo anterior se sigue que a pesar de las notables aportaciones de Couture, Calamandrei y Cappelletti, ninguno advirtió la existencia de la “nueva rama procesal”, como sí lo hicieron Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio. Maestro y discípulo deben ser considerados como los fundadores del derecho procesal constitucional entendida como disciplina autónoma procesal, si bien el primero en su dimensión “nominal o formal” (siguiendo la tesis de García Belaunde) y el segundo en su aspecto “conceptual o material”. Uno “descubrió” la existencia de la disciplina científica y el otro le otorga “contenido sistemático”, con la intención manifiesta de definir su naturaleza y perfil como rama autónoma procesal.

Fix-Zamudio es el primer jurista que define al derecho procesal constitucional como:

...la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales.²⁰⁴

²⁰⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, cit., nota 173, pp. 90 y 91.

Si bien podría discutirse si esa concepción comprende el contenido integral de la disciplina, lo cierto es que representa la primera definición a manera de aproximación científica y en la cual se incorpora como objeto de estudio de la misma a las “garantías constitucionales” que hoy en día es indiscutible que son parte esencial de su contenido. Como veremos en el epígrafe especial dedicado a esta sistematización científica de Fix-Zamudio, el jurista mexicano realiza un estudio pormenorizado de lo que debemos entender por “garantía” en su concepción contemporánea. Si bien bajo otra óptica existen desarrollos contemporáneos de gran calado como la corriente del “garantismo” realizada por Luigi Ferrajoli,²⁰⁵ que como acertadamente expresan Miguel Carbonell y Pedro Salazar ha producido todo un movimiento intelectual generando adhesiones y reacciones no sólo entre los penalistas, sino también por los filósofos del derecho y constitucionalistas contemporáneos.²⁰⁶

Como bien señala García Belaunde en su sugerente tesis, “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”.²⁰⁷ Y eso es precisamente lo que hicieron maestro y discípulo. Alcalá-Zamora le otorga *nomen iuris* al advertir su existencia (1944-1947) y Fix-Zamudio desarrolla el descubrimiento de su maestro, al precisar su naturaleza y definir su configuración científica (1955-1956). Ambos lo hacen de manera consciente pensando en la “disciplina científica” como “rama procesal”. Por supuesto que el jurista mexicano sistematiza la disciplina a partir del hallazgo de su maestro, de las bases teóricas de Kelsen y en la misma sintonía de la corriente del procesalismo científico que se había acercado al fenómeno constitucional (Couture, Calamandrei y Cappelletti).

²⁰⁵ Especialmente su magistral obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Asimismo, sobre la concepción de “garantía” de este autor, véase su importante obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, p. 25. En general, sobre la corriente garantista que propone este autor, véase Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

²⁰⁶ “Presentación. Lugi Ferrajoli y la modernidad jurídica”, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *cit.*, nota anterior, pp. 11 y 12.

²⁰⁷ García Belaunde, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *cit.*, nota 176, p. 142.

Couture, por una parte, utiliza la expresión desde 1948 en su clásico *Estudios de derecho procesal civil*. La “Parte Primera” y “Parte Tercera” del tomo I, llevan los títulos: “Tutela constitucional de la justicia” y “Casos de derecho procesal constitucional”. Si nos detenemos en la lectura de su contenido, se advierte que en realidad se refiere, en términos generales, a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido proceso, lo que ocasionó una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. Esta es una aportación fundamental dentro del procesalismo contemporáneo, que llevó años más tarde a que el propio Fix-Zamudio lo considerara como el fundador de una disciplina limítrofe que denominó “derecho constitucional procesal”, perteneciente a la ciencia constitucional,²⁰⁸ materia a la cual nos hemos referido y a la que regresaremos al analizar esta aportación por el jurista uruguayo. Esa es una de las aportaciones más significativas de Couture al procesalismo científico, al guiar lo que hoy se ha consolidado como las garantías constitucionales del proceso. Sin embargo, no se advierte que el jurista uruguayo tuviera la intención de otorgarle al derecho procesal constitucional la connotación que luego adquirió ni mucho menos que quisiera sistematizarla como “disciplina procesal”.

Como veremos en los siguientes epígrafes, tampoco se ve la referida intención en Calamandrei o en su discípulo Cappelletti. Ambos con importantes contribuciones al contenido de la disciplina, pero sin el afán de su configuración científica. Las aportaciones del profesor florentino se advierten en la influencia que tuvo para la consagración de la Corte Constitucional en la Constitución italiana de 1947 y especialmente por la redacción de importantes ensayos entre 1950 y 1956 (año de su sensible pérdida), como son: “L’illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile” (1950), “La Corte Costituzionale e il processo civile” (1951), “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria” (1956) y “La prima sentenza della Corte Costituzionale” (1956), entre otros. Estos trabajos resultan relevantes para el estudio dogmático del proceso constitucional. Aproximan el enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional, que pareciera luego abandonarse y reconducirse por el enfoque cons-

²⁰⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.

titucionalista, especialmente a partir de la entrada en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* en 1956. Una de las principales aportaciones del maestro florentino es la clásica caracterización de los dos sistemas de control constitucionales: el difuso como “incidental, especial y declarativo” y el concentrado como “principal, general y constitutivo”, distinción que si bien debe matizarse en la actualidad, sigue siendo el punto de partida para cualquier reflexión sobre el particular.²⁰⁹ Sin embargo, el maestro de Florencia, a pesar de esta notable aportación y de un detenido análisis de los efectos de las sentencias constitucionales, no visualizó la nueva parcela jurídico procesal como “disciplina científica”, por lo que nunca utilizó la expresión ni pudo entonces realizar una aproximación sistemática de la misma, si bien contribuyó notablemente en su contenido.

Asimismo, Cappelletti tuvo un primer acercamiento al haber publicado con tan sólo 28 años de edad (1955) su primera obra: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*,²¹⁰ que seis años más tarde tradujera Fix-Zamudio al español: *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*.²¹¹ Esta obra representa un riguroso estudio de corte comparativo relativo al análisis sistemático de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por Fix-Zamudio y la considera como uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión “orgánica” y la “transnacional” que tanto estudió e impulsó el profesor Cappelletti en sus estudios comparatistas a nivel mundial.²¹² En los años siguientes aparecieron varias publicaciones tras-

²⁰⁹ Cfr. Calamandrei, Piero, *L'ilegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por Santiago Sentís Melendo, “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos en *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

²¹⁰ Milán, Giuffrè, 1955.

²¹¹ México, UNAM, 1961.

²¹² A los tres sectores señalados, nosotros hemos agregado un cuarto que denominamos “derecho procesal constitucional local”, entendido como aquel que estudia los distintos instrumentos encaminados a la protección de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados (en los regímenes federales), provincias o comunidades autónomas. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 53 y 54; asimismo, “Hacia un derecho procesal constitucional

centadales a través de la vinculación del proceso y la Constitución, como se advierte de su obra *La pregiudizialità costituzionale nel proceso civile* (1957), así como la voz “Amparo” (1958) en la *Enciclopedia del Diritto*,²¹³ y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México por el propio Fix-Zamudio.²¹⁴

Sin embargo, las colaboraciones de Couture, Calamandrei y Cappelletti sólo encuentran sentido con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen a manera de “precursor” de la disciplina científica procesal, en la medida en que inició los estudios dogmáticos en la salvaguarda de la Constitución. Fix-Zamudio ha considerado el ensayo de Kelsen de 1928 como la obra fundacional del derecho procesal constitucional, como lo fue el tratado de Oscar Büllow sobre *La teoría de las excepciones dilatorias y los presuuestos procesales* (1968), para el derecho procesal civil y podríamos decir de algún modo la obra de Gerber sobre los *Fundamentos de un sistema del derecho político alemán* (1965) para el derecho público y especialmente para el derecho constitucional. Sin embargo, estos estudios marcaron el inicio de una nueva concepción dogmática y especialmente repercutieron para que después se llegara a la autonomía científica de sus diversas disciplinas. Así sucedió con el derecho procesal y el derecho constitucional, que alcanzaron tal carácter hasta el siglo XX. De la misma manera puede decirse del derecho procesal constitucional. El estudio del fundador de la escuela de Viena repercutió con posterioridad en la dogmática procesal. Resultó fundamental para que se iniciara el análisis dogmático de las categorías procesales en sede constitucional y de los instrumentos procesales de control constitucional (Couture, Calamandrei y Cappelletti, 1946-1956) y para visualizar la existencia de una nueva disciplina procesal en su estudio (Alcalá-Zamora y Castillo, 1944-1947), hasta otorgarle su configuración científica (Fix-Zamudio, 1955-1956).

Los estudios de cimentación teórica de Gerber (1865), Bullow (1868) y Kelsen (1928), marcan el comienzo de la etapa científica del derecho constitucional, derecho procesal y derecho procesal constitucional. Etapa

local en México”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

²¹³ Editada por Dott. Antonino Giuffrè, t. I, 1958.

²¹⁴ “Voz Amparo”, trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 63-66.

científica que paulatinamente fue consolidándose con otros estudios posteriores teniendo en cuenta aquellos trabajos pioneros. Para el derecho constitucional (y en general para las ramas del derecho público) se han considerado fundamentales las obras de Vittorio Émmanuele Orlando, *Los criterios técnicos para la reconstrucción del derecho público* (1885) y *Principi di diritto costituzionale* (1889), así como la obra de Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (1900), continúan construyendo la dogmática jurídica constitucional discípulos de Orlando, como Santi Romano y la escuela italiana; contribuyendo notablemente la escuela francesa de derecho constitucional, con autores como Marcel Hauriou, R. Carré de Malberg, Leon Duguit, Maurice Duverger, entre muchos otros. Mientras para el desarrollo del procesalismo científico son fundamentales las obras y polémicas sobre la acción procesal de Windscheid-Muther (1956-1957), anterior a la obra de Bülow, las aportaciones científicas de Kohler: *El proceso como relación jurídica* (1988) y de Wach: *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*, hasta la famosa prolucción de Giuseppe Chiovenda (1903) sobre *La acción en el sistema de los derechos*, donde perfila los conceptos fundamentales de la ciencia procesal. De ahí seguirían construyendo la disciplina muchos otros como sus discípulos Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti o en América Ramiro Podetti y Eduardo J. Couture.

Así puede también considerarse en el derecho procesal constitucional. El estudio precursor lo es el multicitado de Kelsen sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 1928. No sólo por sentar las bases teóricas sobre la jurisdicción constitucional como órgano concentrado, sino por la repercusión que provocó su estudio dogmático derivada de la polémica con Carl Schmitt sobre el guardián de la Constitución (1931), que llevó al establecimiento y consolidación paulatina de los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. Y a partir de ahí siguieron obras que continuaron en su desarrollo desde la dogmática procesal, como se advierte de las publicaciones de Couture, “Las garantías constitucionales del proceso civil” (1946); de Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947); de Calamandrei, “L’illegitimità costituzionale delle leggi nel processo civile” (1950); y Capelletti: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale* (1955); hasta llegar al primer estudio sistemático del

derecho procesal constitucional como ciencia, emprendido por Fix-Zamudio: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* (1955). Este ensayo no sólo se limita al análisis de las garantías en México, como pudiera inferirse del título, sino que establece un marco teórico conceptual y sistemático de la disciplina jurídica, a manera de último eslabón en su configuración científica. Es por ello que debe considerarse al jurista mexicano como “fundador conceptual” de la ciencia del derecho procesal constitucional, en el entendido de que la “ciencia” se va construyendo a través del pensamiento concatenado de todos estos juristas.

De todo lo dicho en este apasionante debate relativo al fundador de la disciplina, se puede concluir que:

A) La “tesis Sagüés” cobra importancia para comprender que existe una dimensión histórica social de la disciplina, donde debemos acudir para encontrar sus antecedentes y fuentes históricas.

B) La “tesis García Belaunde” representa una aportación trascendental para comprender su origen científico y para distinguir entre el precursor trabajo de Kelsen (1928), respecto del descubrimiento de la disciplina procesal como tal, que como bien lo apunta sucedió con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1944-1947), por lo que debemos considerarlo como “fundador nominal”

C) Sin embargo, las contribuciones de Alcalá-Zamora se limitaron a su descubrimiento y a otorgarle el *nomen iuris*, por lo que utilizando la misma lógica debe reconocerse a Héctor Fix-Zamudio (1955-56) como su “fundador conceptual” al haber realizado la primera aproximación sistemática desde la perspectiva de una nueva rama del derecho procesal. En esa concepción sistemática resultaron fundamentales el estudio precursor de Kelsen (1928) y su polémica con Schmitt (1931); el hallazgo de Alcalá-Zamora (1944-1947) y las contribuciones emprendidas desde el mejor procesalismo científico de la época, relativas al estudio de categorías procesales vinculadas con la Constitución de Couture (1946-1948), así como las referidas al análisis más cercano de la jurisdicción y de los instrumentos procesales de protección constitucionales de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955).

D) Por lo tanto, sin negar sus invaluable aportaciones, mismas que impactaron en la teoría general del derecho, debe considerarse a Kelsen como “precursor” de la disciplina científica del derecho procesal constitucional, al haber sentado las bases dogmáticas del estudio de los instru-

mentos jurisdiccionales de la defensa de la Constitución. Especialmente a través de su ensayo de 1928 y ahí es donde debemos ubicar el inicio de la etapa científica de la disciplina, que fue acogida más adelante por el procesalismo científico de la época como basamento de su desarrollo dogmático, hasta su configuración sistemática como disciplina autónoma de naturaleza procesal que realiza Fix-Zamudio en 1955-1956.

A continuación nos referiremos por separado a las contribuciones de cada uno de los insignes procesalistas que fueron fraguando la configuración científica del derecho procesal constitucional (1928-1956).

VIII. ALCALÁ-ZAMORA Y EL BAUTIZO DE LA DISCIPLINA (1944-1947)

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo nace el 2 de octubre de 1906 en la capital española. Hijo de Niceto Alcalá-Zamora y Torres, primer presidente de la Segunda República española. Estudió derecho en la Universidad Central de Madrid (hoy Complutense, 1928), en la cual se doctoró (1930). Fue profesor ayudante en la Facultad de Derecho de esa misma Universidad y luego catedrático de derecho procesal en Santiago de Compostela, Murcia y Valencia. Debido a la guerra civil española y junto con su familia, tuvo que salir al exilio, que se prologó durante cuarenta años (1936-1976). Pasando por Francia (1936-1940), llega a Argentina (1942-1946) y luego a México (1946-1976), convirtiéndose en uno de los principales procesalistas iberoamericanos.²¹⁵

Representa la generación de los ilustres procesalistas exiliados que formaron “escuela” y llevaron a nuestra América el procesalismo científico que ya se había consolidado en Alemania e Italia, junto con Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi en Argentina; Enrico Tulio Liebman en Brasil; Rafael de Pina Milán en México; y James Goldschmith en Uruguay.

²¹⁵ Su *curriculum vitae*, “biografía” y “bibliografía” aparecen en el “Número especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año VIII, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 7 y ss. En general sobre su vida y obra, véanse las ponencias de Imer B. Flores, Víctor Fairén Guillén, Roberto Omar Berizonce, Federico Carpi y Alberto Saíd, presentadas en la mesa redonda en su honor con motivo del *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, y que aparecen en el vol. I de las Memorias de dicho evento publicadas por la UNAM en 2005, pp. 3-80.

Su producción científica inició muy temprano en su natal España. Para los efectos que aquí interesan, en 1933 publica en Madrid un ensayo denominado “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”.²¹⁶ Éste es un primer influjo de su descubrimiento posterior de la nueva rama procesal, que seguramente ya advertía pero no expresó. En esta primera publicación analiza con detalle el origen del referido Tribunal en la Constitución Republicana de 1931 y emprende el estudio de su significado, funciones y competencias. Se advierte que el destacado procesalista español tenía pleno conocimiento del artículo de Kelsen de 1928, así como de la doctrina constitucional de la época y advierte su influjo directo en la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales español, al señalar que

...la inspiración primitiva, la que recoge la Comisión Jurídica Asesora en el Anteproyecto, procede de la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920, donde plasman las ideas del profesor Kelsen, y que en sus artículos 137-148 instaura una auténtica *jurisdicción constitucional*, que incluso coincide en el nombre con el que en principio se le dio a la nuestra: *Tribunal de Justicia Constitucional*, luego cambiado en la Comisión Parlamentaria por la denominación vigente, quizás para emplear una rúbrica que refleje mejor lo complejo de su cometido.²¹⁷

Las funciones de ese Tribunal y que advierte “también se da en el modelo austriaco”, las estudia con detenimiento, como el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, los conflictos de competencia legislativa, el recurso de amparo, la jurisdicción electoral y la responsabilidad criminal. Llama la atención que ya se refiere a un “proceso constitucional” al dedicarle un apartado especial a “Las partes en el proceso constitucional” sin mayor desarrollo dogmático.

Una segunda aproximación la escribe en su primer exilio en Francia (París y Pau). En París termina la redacción en enero de 1937 del ensayo “El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la Guerra Civil”, que se publicó al año siguiente original-

²¹⁶ Madrid, Reus, 1933, publicación que tiene su origen en la conferencia que pronunciara en la Agrupación Socialista de Santiago, el 9 de marzo de 1933.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 511 y 512.

mente en italiano en la *Revista di Diritto Procesuale Civile*.²¹⁸ En este trabajo realiza un recuento de la legislación española de la época y advierte la existencia de una “legislación procesal constitucional”, llevándolo al estudio nuevamente del Tribunal de Garantías Constitucionales y también del Tribunal de Cuentas, limitándose a la exposición de su composición y atribuciones.

En 1940 deja Pau y comienza su odisea trasatlántica rumbo a Buenos Aires que terminaría 441 días después, habiendo pasado por Dakar, Casablanca, Veracruz y Cuba, en diversas navegaciones. En su exilio argentino llega a ser profesor de derecho procesal penal del Instituto de Altos Estudios Penales y de Criminología de la Universidad de la Plata. Continúa su producción científica, destacando su *derecho procesal penal* (con Ricardo Levene),²¹⁹ y es en esa época donde recopila “una serie de trabajos de mi dispersa labor como procesalista” como lo refiere en el prólogo de su libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, en el cual recoge los dos trabajos anteriores de 1933 y 1937 y le dedica un apartado al libro con la denominación de “Enjuiciamiento y Constitución”. Sin embargo, la importancia de esta publicación radica en el título de la obra, donde por vez primera aparece la denominación de la disciplina.

Al año siguiente, en un brevísimo comentario aparecido en la *Revista de Derecho Procesal* (1945)²²⁰ y comentando un artículo de Emilio A. Christensen con la denominación de “Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los *writs de mandamus e injunction*”,²²¹ señala un error de sistemática que supone haber llevado los recursos de amparo de los derechos y garantías individuales a un código de procedimiento civil, como si fuesen un juicio de procedimiento y advierte “la naturaleza inequívocamente procesal constitucional del amparo de garantías”. Y así asevera que cuando en la Constitución se establecen los recursos de inconstitucionalidad y de amparo “instaura, con independencia de la jurisdicción a que los encomiende y del procedimiento que para su

²¹⁸ *Rivista di Diritto Procesuale Civile*, núm. 2, 1938, pp. 138-175. Este trabajo quedó recopilado en su obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, cit., nota 80, pp. 503-536.

²¹⁹ Buenos Aires, 1944.

²²⁰ Buenos Aires, 1a. parte, año III, 1945, pp. 77 y 78.

²²¹ Este estudio de Emilio A. Christensen apareció en la *Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero*, t. I, núm. 2, diciembre de 1944, pp. 67-92.

tramitación se siga, unas instituciones que pertenecen al derecho procesal constitucional, tan inconfundible con el procesal civil o el procesal penal, como éstos pueden serlo entre sí”.²²² Esta reseña fue recopilada en México en su obra *Miscelánea procesal* (1978) cuando ya había retornado a España.²²³

Como puede advertirse, es en esta breve reseña donde el profesor español tiene la chispa de advertir la existencia de un “derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal. Es aquí por primera vez donde estima que dentro de ella encuentran cabida los instrumentos procesales de control de la constitucionalidad, rama que estima debe diferenciarse de los tradicionales (procesal civil o procesal penal) “como éstos puedan serlo entre sí”, lo que refleja la claridad de su postura de considerar al derecho procesal constitucional como nueva disciplina procesal, tan autónoma como la procesal civil o penal.

Alcalá-Zamora llegaría a México en el año de 1946, permaneciendo treinta años hasta su regreso definitivo a España en 1976. Ingresó en ese año a la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho de la UNAM) y desde 1957 como investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad). Se ha considerado que el arribo del jurista español representa el inicio de la etapa científica del procesalismo mexicano, no sólo por su vasta e importante obra y por traer a México los adelantos de Alemania, Italia y España, sino también por haber forjado una importante escuela, donde se ubica Fix-Zamudio como uno de sus más destacados discípulos.²²⁴ Esta etapa de florecimiento científico alcanzó a varias ramas del derecho, debido al exilio de una pléyade de juristas españoles.²²⁵

²²² *Ibidem*, p. 78.

²²³ Cfr. su obra *Miscelánea procesal*, México, UNAM, 1978, t. II, pp. 101-103.

²²⁴ Además de Fix-Zamudio, entre los discípulos más cercanos a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se encuentran, por orden alfabético: Humberto Briseño Sierra, Sergio García Ramírez, Cipriano Gómez Lara, José Ovalle Favela, José Luis Soberanes Fernández y Santiago Oñate.

²²⁵ Una de las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM lleva por nombre (desde octubre de 2003): “*Maestros del Exilio Republicano Español*” y en la cual aparece una placa con sus nombres: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Rafael Altamira y Crevea, Fernando Arill Bas, Constancio Bernaldo de Quirós, Ricardo Calderón Serrano, Demófilo de Buen Lozano, Rafael de Pina Milán, Francisco Carmona Nenclares, Javier

En ese contexto y dos años después del hallazgo de la nueva disciplina procesal que advertía en aquella reseña argentina de 1945, publica en México una obra que es considerada clásica en la corriente del mejor procesalismo científico: *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*.²²⁶

En este trabajo claramente se refiere al “surgimiento de un proceso constitucional” y considera a Kelsen “como fundador de esta rama procesal” debido a la consagración de la jurisdicción constitucional en la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920 y especialmente por su famoso artículo de 1928. Debido a que en el epígrafe anterior nos hemos dedicado a esta importante obra, sólo anotamos que Alcalá-Zamora reitera su posición relativa a la nueva disciplina procesal.

Alcalá-Zamora y Castillo no vuelve sobre el tema y sólo aborda algunos aspectos de manera tangencial.²²⁷ Reitera su postura de la existencia de la disciplina en un documentado trabajo publicado en México²²⁸ y luego aparecido en libro en España: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*.²²⁹ En este libro se cuestiona cuál es la disciplina procesal que debe estudiar los derechos humanos y al analizar las denominaciones de Cappelletti relativa a la “jurisdicción constitucional de la libertad” y al “derecho procesal de amparo mexicano” y de las “garan-

Elola Fernández, Ramón de Ertze Garamendi, José Gaos, José María Gallegos Rocafull, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, Victoria Kent, Javier Malagón Barceló, Manuel Martínez Pedroso, José Medina Echavarría, José Miranda González, Luis Recaséns Siches, Wanceslao Roces, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Mariano Ruiz Funes, Antonio Sacristán Colás, Felipe Sánchez Román, Manuel Sánchez Sarto y José Urbano Guerrero. Véase también, varios autores, *El exilio español y la UNAM*, México, UNAM, 1987.

²²⁶ México, UNAM, 1947.

²²⁷ Alcalá-Zamora y Castillo no vuelve a referirse de manera puntual sobre la disciplina. Sin embargo, en algunas ocasiones analiza determinadas instituciones o procesos constitucionales, como por ejemplo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, en colaboración con Héctor Fix-Zamudio y Alejandro Ríos Espinoza; o bien al advertir algunos antecedentes como el control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, *cf. Proceso, autocomposición y autodefensa*, nota anterior p. 206 (1a. ed. de 1947).

²²⁸ *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, en varios autores, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 294-296.

²²⁹ Madrid, Civitas, 1975, pp. 46-49.

tías constitucionales” español, señala que “el amparo, habitualmente designado cual *juicio constitucional*, no es sino uno de los instrumentos de una disciplina más amplia, el *derecho procesal constitucional* —caracterización que se incluye en la fórmula de Cappelletti y en la española—, creemos que éste es el nombre preferible, sin más aclaración que la de que el mismo funciona en dos planos o niveles: interno e internacional”.²³⁰

En su obra *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)* se refiere a la “expansión de la justicia constitucional” como una de las preocupaciones y tendencias de naturaleza procesal manifestadas durante ese periodo.²³¹ Sin embargo, Alcalá-Zamora no entra al tema y se limita a remitir “a la exhaustiva conferencia de Fix-Zamudio” con motivo del ciclo de conferencias del vigesimoquinto aniversario de la fundación del “Instituto de Derecho Comparado de México” (hoy de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)²³² y que luego convirtiera en el libro denominado *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*.²³³

Después de cuarenta años regresa a España en 1976 y muere en Madrid en 1985. Su aportación al derecho procesal constitucional consiste en ser el primero que utiliza la expresión como una nueva rama del derecho procesal. Y es por ese “genial hallazgo” que debe considerarse como fundador de la disciplina, como bien lo propone recientemente Domingo García Belaunde. Y este honroso calificativo debe también extenderse a su discípulo Fix-Zamudio que al desarrollar la idea de su maestro le confiere el contorno científico como disciplina autónoma procesal, corriente que ha retomado nuevos horizontes a partir de la década de los ochenta

²³⁰ *Ibidem*, p. 49.

²³¹ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, p. 143. Este libro es producto de la conferencia que dictó el 14 de mayo de 1965 dentro del ciclo de conferencias “Veinticinco años de evolución jurídica: 1940-1965”.

²³² Sobre esta celebración, véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965). Historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.

²³³ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968. Este libro fue producto de la conferencia que bajo el mismo título impartió el 10 de mayo de 1965 en la Facultad de Derecho de la UNAM, con motivo de las bodas de plata del Instituto de Derecho Comparado de México.

del siglo pasado al ser acogida especialmente en Latinoamérica por un importante número de juristas.

IX. COUTURE Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO (1946-1948)

La constitucionalización del ordenamiento jurídico se ha caracterizado como un fenómeno en expansión a partir de la segunda posguerra. Si bien Guastini habla de “condiciones de constitucionalización”,²³⁴ también se advierte como una de sus múltiples manifestaciones la incorporación de principios e instituciones procesales al propio ordenamiento constitucional. La vinculación de las categorías procesales con la Constitución adquirió relevancia a partir de los estudios dogmáticos emprendidos por Eduardo Juan Couture.²³⁵

Una primera aproximación la realiza en su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil” en 1946,²³⁶ que luego apareciera en su clásico *Estudios de derecho procesal civil* (1948).²³⁷ En esta obra Couture advierte que “la doctrina procesal moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del derecho, desde el punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar”.²³⁸

²³⁴ Este fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene varias dimensiones y facetas. Guastini habla de siete condiciones para que un ordenamiento se considere como impregnado por las normas constitucionales. *Cfr.* Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 49-73.

²³⁵ Para una semblanza de su vida, véase Gelsi Bidart, Adolfo y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Eduardo J. Couture (Datos biográficos)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 13 y ss.

²³⁶ Publicado en la obra *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 151 y ss. En México se publicó en *Anales de Jurisprudencia*, ts. LXV-LXVI, abril-mayo y julio-septiembre, 1950; y en *Foro de México*, núms. 27-30, junio-septiembre de 1955.

²³⁷ *Cfr.* *Estudios de derecho procesal civil*, t. I: *La Constitución y el proceso civil*, reimpr. de la 3a. ed., al cuidado de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Depalma, pp. 19 y ss. La primera edición es de 1948.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

Sus aportaciones tuvieron muy pronto eco por la mejor doctrina procesal,²³⁹ a tal extremo que a la distancia se aprecia que fue el iniciador de toda una corriente dogmática que se ha consolidado firmemente en la actualidad,²⁴⁰ hasta la existencia reciente de unas “Bases constitucionales para un proceso civil justo”.²⁴¹

En la “Tercera Parte” de la obra citada, el profesor uruguayo se refiere a “Casos de derecho procesal constitucional”.²⁴² Si bien utiliza la expresión “derecho procesal constitucional” no se advierte en ningún momento que la empleara para referirse a los instrumentos procesales de regularidad constitucional, sino más bien al debido proceso y otras instituciones procesales en su dimensión constitucional.

Ahora bien, ¿todas las instituciones procesales establecidas en la Constitución son materia de análisis de la ciencia procesal? Esta es un interrogante de plena significación y objeto de debate para determinar el contenido mismo del derecho procesal constitucional. En la actualidad el “debido proceso legal” se convirtió en una categoría constitucional, al pasar a constituirse como un “debido proceso constitucional”. Como señala Gozaíni, “el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el

²³⁹ *Cfr.*, entre otros, Liebman, Enrico Tullio, “Diritto costituzionale e processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, Padua, 1952, pp. 327-332. Existe traducción en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124. Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348; reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, cuarta época, año XXIV, núm. 1: “Estudios en honor de Eduardo J. Couture”, Montevideo, enero-junio de 1980, t. I, pp. 69-107; *id.*, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974. “Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil de Latinoamérica”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

²⁴⁰ Entre la abundante bibliografía contemporánea, véanse los trabajos generales de Ovalle Favela, José, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3a. ed, México, Oxford, 2007; Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997 (existe 3a. reimp. en 2002).

²⁴¹ Elaboradas por José Ovalle Favela y presentadas como ponencia, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Málaga, octubre de 2006).

²⁴² *Estudios de derecho procesal civil, cit.*, nota 237, t. I, pp. 193-265.

derecho que viene a consolidar”.²⁴³ Y bajo esa concepción algún sector de la doctrina considera como superficie de estudio del derecho procesal constitucional a las instituciones o categorías procesales (acción, debido proceso, etcétera) contenidas en la Constitución.²⁴⁴

El problema de la trascendencia constitucional de las instituciones procesales constituye un “área o zona común” entre lo “constitucional” y lo “procesal”. Si bien la pertenencia hacia una u otra constituye un planteamiento eminentemente teórico, resulta relevante para demarcar las particularidades del estudio de las disciplinas. Así, para coadyuvar en esta distinción, Fix-Zamudio no sólo acoge la postura de Couture relativo a las garantías constitucionales del proceso,²⁴⁵ sino que en un desarrollo posterior de evolución las agrupa en una nueva disciplina denominada “derecho constitucional procesal”, que tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales, cuya estima debe ser estudiada desde la óptica y dentro del derecho constitucional.²⁴⁶ En cambio, el “derecho procesal constitucional” como disciplina de confluencia y limítrofe con aquélla, la considera como objeto de estudio de la ciencia procesal.

Comenta Fix-Zamudio recordando al maestro de Montevideo,

²⁴³ Gozaini, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 57-70, en p. 65.

²⁴⁴ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional y derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995, pp. 77 y ss.; García Belaunde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, en Quiroga León, Aníbal (coord.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUCP, 1990, pp. 33 y ss.

²⁴⁵ Véase, entre otros, su trabajo “Las garantías de las partes en el proceso civil de Latinoamérica”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

²⁴⁶ Cfr. sus trabajos, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, cit., nota 239, pp. 315 y ss.; “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 463-542; “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91; y “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho constitucional procesal”, en el libro colectivo coordinado por el ministro Juventino V. Castro y Castro. *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005, pp. 95-117.

Todavía más reciente es la disciplina que hemos llamado derecho constitucional procesal, como aquella rama del derecho constitucional que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental, y en cuya creación debemos destacar, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el pensamiento del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales.²⁴⁷

La postura de Fix-Zamudio paulatinamente ha tenido aceptación,²⁴⁸ con las dudas de algunos juristas. García Belaunde ha sostenido que más que un juego de palabras, estamos ante un crecimiento innecesario de disciplinas jurídicas y el hecho de que sean los constitucionalistas los que con mayor intensidad se dediquen a su análisis no puede llevarnos a la aceptación de esa nueva rama, “que pese a su utilidad docente, carece de rigor científico”.²⁴⁹

En el fondo todavía no existe precisión metodológica en la ubicación de ciertas instituciones procesales que se han elevado a rango constitucional. Especialmente sucede con aquella cuyos orígenes se remontan a la Carta Magna inglesa de 1215, llevada a cabo por el rey Juan, motivada por las demandas formuladas por los barones de Runnymede, con el fin de reconocer a los nobles ciertos derechos feudales, entre ellos el establecido en la cláusula 39: “*Ningún hombre libre será arrestado, aprisionado, desposeído de su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros no meteremos, ni haremos meter la mano sobre él, sin en virtud de un juicio legal de sus iguales según la ley de la tierra*”; y la expresión *due process*

²⁴⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, cit., nota 239, pp. 78 y 79.

²⁴⁸ Entre los autores que han aceptado al “derecho constitucional procesal” se encuentran, entre otros, Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, cit., nota 175, pp. 3 y 4; Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., nota 240, p. 15; Rodríguez Domínguez, Elvito, *Manual de derecho procesal constitucional*, op. cit., nota 55, pp.112-120; Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional. Derecho constitucional procesal. Derechos humanos*, Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, p. 138.

²⁴⁹ *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, pp. 9-11.

of law como tal se acuña en 1354, en el Estatuto expedido por el rey Eduardo III. La garantía del debido proceso fue motivo acogida en diversos documentos, desde el *Habeas Corpus Act* de 1679, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que reafirmaron las Cartas Constitucionales de 1795 (artículo 11) y de 1814 (artículo 4o.), hasta la V enmienda a la Constitución estadounidense de 1791 y la evolución que ha experimentado derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que comprende no sólo el *adjective due process of law*, sino como una garantía dirigida a la aplicación de la ley de manera justa y razonable, esto es *sustantive due process of law*.²⁵⁰

Las connotaciones del debido proceso legal, proceso justo o garantía de audiencia que se suelen emplear para identificar a esta categoría procesal es motivo de profundos y prolijos estudios en la actualidad debido a su concepción como garantía constitucional. Suele suceder que se confunda su caracterización como derecho fundamental —debido a que en muchas ocasiones se encuentra en el capítulo relativo a la parte dogmática de las constituciones—, con aquella otra dimensión de la tutela de los derechos a través de los procesos y procedimientos constitucionales diseñados para lograr su efectividad. Y ahí radica parte del problema para la ubicación de su estudio científico. Las categorías procesales elevadas a derechos fundamentales deben ser estudiadas a la luz de la metodología e ideología del derecho constitucional, como cualquier otro derecho constitucional que se encuentre en la propia ley fundamental. Y ello con independencia que también debe ser analizada a la luz del procesalismo, en tanto que sus proyecciones como garantía constitucional —debido proceso— impactan a todo el ordenamiento secundario donde se encuentran los procesos civiles, penales, laborales, etcétera.

A partir de esta realidad debemos preguntarnos si es apropiado incluir esta institución y otras categorías procesales en el derecho procesal constitucional. Si se acepta esta postura, la disciplina en cuestión tendría que dividirse por lo menos en tres sectores, según la naturaleza de las institu-

²⁵⁰ *Cfr.* Carbonell, Miguel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados-Senado de la República-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal Electoral-Miguel Ángel Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

ciones. El primero comprende los instrumentos preferentemente procesales (procesos y procedimientos) para evitar el quebranto o restablecer la normativa constitucional, así como el análisis de la jurisdicción y órganos que los conoce. Un segundo sector se dirige al análisis de las garantías constitucionales del proceso en la dimensión establecida por Couture, entre las que se encuentra la acción y el debido proceso legal. Y un último sector comprendería aquellas categorías procesales que sin tener la caracterización anterior, representan instituciones que deben analizarse desde el ámbito procesal, como pueden ser las garantías judiciales que garanticen la independencia e imparcialidad del juzgador.

Esta concepción amplia del contenido del derecho procesal constitucional descansa en una premisa: considerar como su materia de estudio cualquier institución, categoría o principio procesal que se encuentre contenida en la Constitución. En cambio, una versión acotada de la disciplina se reduce propiamente al primer sector. Sólo a los instrumentos o mecanismos procesales de protección de la Constitución diseñados como tales, así como la jurisdicción y órganos que se encargan de resolverlos.

Si se acepta esta superficie reducida del derecho procesal constitucional, debe delinearse, por consiguiente, el ámbito de estudio científico de las diversas categorías procesales. ¿Dónde deben estudiarse?, ¿en el ámbito constitucional a pesar de ser instituciones procesales?, ¿o en el ámbito procesal?, ¿en ambos con diferentes perspectivas? Si aceptamos estudiarla en el derecho procesal ¿en qué parcela o rama procesal se incluiría?, ¿en la teoría general del proceso?

En este intento delimitador de las categorías procesales incardinadas en la Constitución, la propuesta sistemática de Fix-Zamudio cobra importancia para 1) delimitar con mayor nitidez el contenido propio del derecho procesal constitucional; y 2) agrupar las restantes categorías procesales previstas en la Constitución. Ahora bien, en esta última dirección y con el afán de establecer lo que es ciencia constitucional y ciencia procesal, el profesor mexicano abre una nueva vertiente con base en los estudios pioneros de Couture para advertir que estamos en el terreno de la ciencia constitucional y dentro de ella deben estudiarse estas categorías procesales a manera de una nueva disciplina limítrofe y de confluencia denominada derecho constitucional procesal, cuyo contenido divide en tres sectores, a saber: a) la jurisdicción; b) las garantías judiciales (esta-

bilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etcétera), y *c*) las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etcétera).²⁵¹ Se puede o no estar de acuerdo con la postura, pero lo cierto es que representa un primer intento para delimitar el contenido del derecho procesal constitucional en su dimensión científica y hasta el día de hoy no existe otra construcción dogmática en ese sentido.

Como puede apreciarse, la nueva vertiente relativa a las garantías constitucionales del proceso que iniciara Couture hace más de cincuenta años ha tenido una recepción importante en la corriente del procesalismo científico y todavía no existe una aceptación convencional y generalizada en el lugar donde debe estudiarse en el concierto de las disciplinas jurídicas.

X. CALAMANDREI Y SU CONTRIBUCIÓN DOGMÁTICA PROCESAL-CONSTITUCIONAL (1950-1956)

Piero Calamandrei (1889-1956) fue un defensor de la libertad y la justicia. Desde joven luchó contra el régimen autoritario y tuvo una apasionada vida.²⁵² Representa, junto con Francesco Carnelutti, las cabezas de la escuela del procesalismo científico italiano que heredaron de Giuseppe Chiovenda. Su liderazgo científico lo llevó a ser rector de la Universidad de Florencia en dos ocasiones (1943-1944) y a redactar junto con Carnelutti y Redenti el Código de Procedimientos Civiles italiano de 1940.²⁵³

Calamandrei formó escuela y dentro de ella inculcó la necesidad del estudio de la defensa de los derechos a uno de sus principales discípulos: Mauro Cappelletti. En palabras del discípulo:

²⁵¹ Sobre el contenido del derecho constitucional procesal y su delimitación con el derecho procesal constitucional, véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, cit., nota 21, pp. 216-231; del primero de los autores, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 107 y ss.

²⁵² Una semblanza de la vida y obra del jurista italiano puede verse en Cappelletti, Mauro, “Piero Calamandrei (Datos biográficos)” y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Fix-Zamudio, Héctor, “Bibliografía de Piero Calamandrei”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 9-11 y 17-40, respectivamente.

²⁵³ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Calamandrei y Couture”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota anterior, pp. 81-113.

Piero Calamandrei fue procesalista porque fue amante de la libertad; fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad. Proceso significa para Calamandrei, tutela del derecho del hombre; y el derecho es entendido por él, como el manto protector de la libertad. Estas fueron las “tesis” que su obra de jurista estuvo dirigida a demostrar; y no solamente la obra del jurista, sino su vida entera, desde sus manifestaciones más íntimas, hasta sus actuaciones públicas y políticas. Sus enseñanzas se reflejan y se reflejarán en la vida pública de nuestro país, porque la suya fue una obra de coherencia, de pasión, de perseverancia y de talento, que no habrá podido y no puede sino fascinar a todos aquellos que sean amantes de la libertad, de esa libertad por él tan amada. Su obra lo ha situado al nivel de las más grandes figuras de la historia italiana de nuestro siglo; al lado de Benedetto Croce, para el cual la realidad misma es *historia de la libertad*...²⁵⁴

Estas palabras del joven investigador Cappelletti y aun promesa de jurista, las escribió el mismo año de la sensible pérdida de su maestro en 1956, publicadas en un número emblemático de la *Revista de la Facultad de Derecho de México* de ese año, dedicado en memoria de Piero Calamandrei y Eduardo J. Couture (que por azares del destino partieron con pocos meses de diferencia en ese año); y que luego reprodujera con ligeros cambios en 1957 en *In Memoria di Piero Calamandrei*,²⁵⁵ recopilando la obra escrita de su gran maestro florentino.

Desde muy joven dio muestras de su gran talento al escribir su monumental obra *La cassazione civile*,²⁵⁶ en dos gruesos volúmenes. Su vasta obra en los más variados temas procesales se prolongaron durante toda su vida, destacando su sensibilidad entre la teoría y la práctica forense, como queda reflejada en su inmortal *Elogio dei Giudici scritto da un Avvocato*.²⁵⁷ Por lo que aquí nos interesa, sus aportaciones al derecho

²⁵⁴ “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, pp. 153-189.

²⁵⁵ Padua, Cedam, 1957, especialmente, “Piero Calamandre e la difesa giuridica della libertà”, pp. 44-78.

²⁵⁶ Vol. I: *Storia e legislazioni*, vol. II: *Disegno generale dell’istituto*, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1920.

²⁵⁷ Florencia, Le Monnier, 1935. Ese mismo año fue traducido por Santiago Sentís Melendo e Isaac J. Medina, Madrid, Góngora, 1935. Existen numerosas ediciones y traducciones al español por varias editoriales y países.

procesal constitucional se circunscriben a su activa participación en la Constitución italiana de 1947 y en sus publicaciones entre 1950 y 1956.

Durante esa etapa Calamandrei trazó puentes entre la ciencia procesal con el proceso y la jurisdicción constitucional. El profesor florentino fue uno de los primeros procesalistas italianos en comprender la vinculación que debe existir entre el procesalismo científico y el fenómeno constitucional. Lo cual se explica si tenemos en consideración que los últimos años de la vida de Calamandrei los dedicó al derecho constitucional. Incluso llegó a ser profesor de dicha materia después de la Segunda Guerra Mundial. Tuvo un intenso paso por la vida pública, especialmente como constituyente formando parte de los trabajos preparatorios en la llamada “comisión de los setenta y cinco”, influyendo notablemente en la Constitución italiana, promulgada el 1o. de enero de 1948. Se le atribuye a Calamandrei una influencia importante en la configuración del diseño del Poder Judicial, de la Corte Constitucional italiana, así como del control de la constitucional de las leyes.²⁵⁸

Y precisamente derivada de sus ideas surgidas y defendidas en la etapa como constituyente,²⁵⁹ publica en 1950 su trascendental obra pionera en Italia relativa a *L' illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*,²⁶⁰ traducida al español por Santiago Sentís Melendo en 1962.²⁶¹ Inicia Calamandrei una batalla en defensa de la nueva Constitución que sufría de opositores. Su discípulo Cappelletti así lo advierte:

Pero la batalla más fructuosa, la verdaderamente fundamental para los destinos de nuestro país, fue conducida por Piero Calamandrei, también durante

²⁵⁸ Cfr. Cappelletti, M., “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, trad. H. Fix-Zamudio *Revista de la Facultad de Derecho de México, cit.*, nota 252, p. 178.

²⁵⁹ En los años posteriores a la aprobación de la nueva Constitución, Calamandrei defendió las instituciones previstas en ella y a la propia ideología constituyente. Véanse, entre otros, “Mantener fede alla Costituzione”, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1949, p. 24; “Ostili e democristiani alla Corte Costituzionale”, *Milano Sera*, Milán, 6-7 de diciembre de 1950; “Si mette in pericolo la costituzionalità” della Corte costituzionale, Roma Tipografiad ella Camera dei Deputati, 1950, p. 30 (publicado también en *Uomini*, pp. 145-160); “Relazione del deputato Piero Calamandrei sul potere giudiziario e sulla Suprema corte costituzionale”, *Assemblea Costituente: Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II: *Relazioni e proposte*, Roma, s.f., pp. 200 y ss.

²⁶⁰ Padua, CEDAM, 1950.

²⁶¹ “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1962, vol. III, pp. 21-120.

esos años, en el campo del proceso, y fundamentalmente del proceso constitucional; ha sido una lucha llevada dentro de la esfera del derecho constitucional, y para el perfeccionamiento del proceso, entendido como instrumento de defensa de las libertades humanas.²⁶²

En esa primera obra sobre la temática, Calamandrei sienta las bases de la jurisdicción constitucional creada en Italia. Sobre ésta, Fix-Zamudio ha estimado que

...puede decirse sin exageración, que este pequeño libro, que tiene apenas noventa y ocho páginas, inicia en Italia el desarrollo de los estudios sobre la jurisdicción constitucional, y si se nos permitiera la comparación, podemos decir que esta obra significa para el estudio del proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la famosa lección inaugural de Chiovenda: *La acción en el sistema de los derechos*; es decir, traslada a Italia la primacía de los estudios del derecho procesal constitucional que fueron iniciados sistemáticamente por Kelsen.²⁶³

En esta obra Calamandrei estudia las competencias y naturaleza jurídica de la Corte Constitucional (que la consideraba como “paralegislativa” o “supralegislativa”) y su vinculación con la jurisdicción ordinaria. Para tal efecto, visualiza con agudeza cómo en Italia se creó la cuestión incidental planteada ante el juez ordinario que denomina como “prejudicial constitucional”, a manera de un sistema intermedio entre el norteamericano y austriaco. Una de las principales aportaciones de Calamandrei al derecho procesal constitucional consiste en su caracterización de los sistemas de justicia constitucional. En efecto, el maestro florentino estudió a profundidad los sistemas de control constitucional, que lo llevaron a una clásica distinción de los dos sistemas tradicionales. El de la revisión judicial (americano), lo caracteriza como “difuso, incidental, especial y declarativo”; mientras que al sistema que denominaba “autónomo” (austriaco), en contraposición, lo considera “concentrado, principal, general y

²⁶² Cappelletti, Mauro, “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, p. 183.

²⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, pp. 194 y 195.

constitutivo”.²⁶⁴ Si bien esta distinción debe en la actualidad ser matizada debido a la aproximación²⁶⁵ y mixtura de ambos sistemas, como bien lo señala Fernández Segado en un trabajo reciente, lo cierto es que continúa siendo de gran utilidad y constituye el punto de partida para cualquier análisis clasificatorio.²⁶⁶ Asimismo, en el mismo trabajo realiza agudas reflexiones sobre los efectos de la sentencia constitucional. Entre otras cuestiones estima que bien puede llevar a una resolución constitutiva *ex nunc* y al mismo tiempo a una resolución de declaración *ex tunc*, al estimar que en realidad la abrogación y desaplicación de la ley no son instituciones necesariamente excluyentes y pueden complementarse.

En el mismo año de la aparición de esta importante obra, Calamandrei impulsa la realización de un evento de enorme importancia, como lo fue el *Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, celebrado en Florencia.²⁶⁷ Constituye un escenario ideal para analizar la nueva Constitución y en la cual se dieron cita la corriente del mejor procesalismo científico italiano, liderados por Francesco Carnelutti y el propio Calamandrei. Sin embargo, son las ponencias de Virgilio Andrioli, relativas al *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*²⁶⁸ y la de Carlos Esposito, denominada *El controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*,²⁶⁹ las que más destacan para el tema que nos ocupa, así como la intervención del propio Calamandrei relativa a la intención del constituyente italiano para crear un sistema intermedio entre el aus-

²⁶⁴ Cfr. Calamandrei, Piero, *L' illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., nota 209, pp. 5 y ss.; “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., nota 209, pp. 21 y ss.

²⁶⁵ La aproximación que en la práctica han experimentado los dos modelos teóricos de control de la constitucionalidad se advierte, a decir de Brage Camazano, al menos en un séptuple aspecto. Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 3a. ed., México, UNAM, 2005, pp. 70-73.

²⁶⁶ Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, presentación de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 2004, especialmente véase el capítulo III, pp. 25-58.

²⁶⁷ Del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1950. Las memorias del evento aparecieron tres años después: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, CEDAM, 1953.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 27 y ss.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

triacio y el norteamericano.²⁷⁰ A partir de este evento académico se aprecia el interés del procesalismo científico en el control jurisdiccional de las leyes derivado de su introducción en la Constitución de 1847 y en la creación de la *Corte Costituzionale*,²⁷¹ interés que paulatinamente fue mermando por el que en contraste despertó entre los constitucionalistas a partir del funcionamiento de dicha Corte en 1956, que ha tenido un desenvolvimiento mayoritario por la dogmática constitucional y bajo la denominación de *giustizia costituzionale*.

En los siguientes años Calamandrei seguiría en la línea del estudio sobre la jurisdicción constitucional y así en 1951 aparece “La Corte costituzionale e il processo civile”.²⁷² De especial relevancia constituye la conferencia que pronunciara el 10 de febrero de 1956 en el Palacio de Justicia en Roma, publicada ese mismo año como “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”,²⁷³ y traducida por Fix-Zamudio en el mismo año.²⁷⁴ En este ensayo Calamandrei se refiere a una “jurisdicción constitucional de la libertad”,²⁷⁵ expresión que usara su discípulo Cappelletti. Compara en este trabajo la función de la Corte Constitucional con la que emprende el órga-

²⁷⁰ Su intervención aparece como “Il controllo giurisdizionale delle leggi”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, cit.*, nota 267, pp. 74-76.

²⁷¹ En esos primeros años aparecieron muchos trabajos que analizaban la nueva Corte Constitucional, antes de su funcionamiento real que sucedió hasta 1956. Véanse, entre otros, Mortati, Costantino, “La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua validità”, *Iustitia*, núms. 8-9, 1949; Ruini, M. “La Corte Costituzionale nella Costituzione italiana”, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1949; Pierandrei, Francio, “La Corte Costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione”, *Il Foro Padano*, 1951, IV; Galeotti, S., “Presidente della Repubblica e nomina dei giudici della Corte Costituzionale”, *Il Foro Padano*, 1951, IV; Piccardi, Leopoldo, “La Corte costituzionale in Italia”, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1951; Crosa, Emilio, “Gli organi costituzionali e il president della Repubblica nella Costituzione italiana”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951; Brunori, Ernesto, *La Corte Costituzionale*, Florencia, Cya, 1952; Pensavecchio Li Bassi, Antonio, “Le nuove leggi sulla Corte costituzionale”, *El Foro Padano*, 1954, IV; Barile, P., “La corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956; Stendardi, Gian Galeazzo, *La Corte Costituzionale*, Milán, 1955; Curci, Pasquale, *La Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1956.

²⁷² En *Studi giuridici in onore di Antonio Scialoja*, I, Milán, Giuffrè, 1951.

²⁷³ *Rivista di diritto processuale*, 1956, vol. XI, parte I, pp. 7-55; luego reproducido en su obra *Studi sul Processo Civile*, Padua, CEDAM, 1957, pp. 210 y ss.

²⁷⁴ “Corte Constitucional y autoridad judicial”, *Boletín de Información Judicial*, México, año XI, núms. 110-111, octubre-noviembre de 1956, pp. 689-698 y 753-774.

²⁷⁵ “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”, *cit.*, nota 273, 1956, p. 18.

no legislativo, al realizar una actuación de significación de alta política, sin que ello implique que realice una función diversa de la jurisdiccional, ya que en realidad en toda actividad jurisdiccional se realiza indirectamente una valoración política, “transformando dinámica y progresivamente los ordenamientos legales, que de otra manera quedarían anquilosados”. Asimismo analiza al proceso constitucional dependiendo de su objeto diverso, clasificando en tres tipos atendiendo a la 1) “formación” constitucional de la ley (errores *in procedendo*); 2) “ilegitimidad” constitucional de la ley (errores *in iudicando*), o 3) “incompatibilidad” constitucional de la ley, esta última relativa a la vigencia de normas anteriores a la Constitución.

En ese mismo año de su pérdida aparecen “La prima sentenza della Corte Costituzionale”²⁷⁶ y “Sulla nozione di manifesta infondatezza”.²⁷⁷ Muere el 27 de septiembre de 1956.

Como se puede apreciar, Calamandrei emprendió pasos firmes en la dogmática procesal constitucional a través de sus publicaciones entre los años de 1950 y 1956. Ha significado, en las propias palabras de su discípulo Cappelletti, “el primero en Italia” en sentar “las bases de una nueva ciencia procesal, la constitucional”.²⁷⁸ Y de ahí que Fix-Zamudio en uno de sus primeros ensayos intitulado “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, considere un paralelismo entre los respectivos papeles científicos de “Bulow-Chiovenda” para la disciplina del proceso civil y de “Kelsen-Calamandrei” para el derecho procesal constitucional.²⁷⁹

Si bien es cierto este paralelismo, también lo es que la configuración del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma procesal no la advirtió como tal, como sí lo visualizara Alcalá-Zamora. Faltaba todavía su sistematización científica. Como veremos a continuación, son sus discípulos Cappelletti y Fix-Zamudio quienes dan fruto de aquellas enseñanzas de sus grandes maestros. El primero al sistematizar parte del contenido de la disciplina y el segundo a manera de eslabón final de esta evolución, al realizar el primer estudio sistemático bajo la concepción de la autonomía procesal.

²⁷⁶ *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1956, pp. 149-160.

²⁷⁷ *Rivista di Diritto Processuale*, II, 1956, pp. 164-174.

²⁷⁸ “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *cit.*, nota 252, p. 187, nota 97.

²⁷⁹ Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal...”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *cit.*, nota 252, p. 195 y nota 13.

XI. CAPPELLETTI Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD (1955)

El pensamiento de Mauro Cappelletti constituye una prolongación y desarrollo de los valores e ideales de su maestro Calamandrei. Así se refleja a lo largo de su fructífera carrera académica y en toda su obra que giró alrededor de la justicia y la defensa de la libertad. Para poder comprender cabalmente su pensamiento y especialmente destacar su liderazgo científico estimamos de utilidad realizar una muy breve semblanza del procesalista que tanto abonó al derecho procesal constitucional comparado,²⁸⁰ para poder luego destacar la importancia de su obra pionera de 1955 relativo a la sistematización de los mecanismos procesales de protección constitucional de las libertades y derechos fundamentales, estudio que influyó sensiblemente en el pensamiento de Héctor Fix-Zamudio.

A) Mauro Cappelletti nació el 14 de diciembre de 1927 en Folgaria, pequeña población ubicada al norte de Italia en la provincia de Trento y muere a los 76 años, el 10. de noviembre de 2004 en la ciudad de Fiesole, provincia de Florencia, después de padecer sus últimos diez años una cruda enfermedad que lo alejó de la vida académica. Su vida la dedicó a la investigación y a la enseñanza del derecho procesal, conforme una visión renovada y de avanzada, atendiendo los problemas sociales de su época.²⁸¹

Estudió derecho en la Universidad de Florencia, obteniendo el grado en 1952. Durante esos años es donde conoce el pensamiento del que fue-

²⁸⁰ Cfr. nuestro ensayo “Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado”, ponencia presentada en el *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, septiembre 2005). Asimismo, véanse las restantes ponencias en la mesa de apertura de dicho Congreso: “Mauro Cappelletti: *In Memoriam*”, que presentaron Héctor Fix-Zamudio, Cipriano Gómez Lara y Rubén Hernández Valle. Las cuatro ponencias aparecen en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, cit., nota 33, pp. 3-77.

²⁸¹ Sobre la vida y obra de Mauro Cappelletti, puede consultarse la publicación reciente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, editada por Marcel Storme y Federico Carpi: *In Honorem. Mauro Cappelletti (1927-2004). Tribute to an International Procedural Lawyer*, Holanda, Kluwer Law Internacional, 2005. En esta publicación participan además de los editores, Nicolò Trocker, Sir Jack Jacob, Laurence M. Friedman, John Henry Merryman y Machteld Nijsten. Una reciente necrología en español fue realizada por Roberto O. Berizonce, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Lima, núm. 7, 2005, pp. 305 y ss.

ra su principal maestro: Calamandrei. Fue por dos años investigador en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Alemania. Colaboró con el presidente de la Barra italiana y en 1956 obtuvo el grado de enseñanza “Libera Docenza”. En 1957 inició su intensa carrera académica como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata. Al dictar la conferencia inaugural en enero de 1962 en esa Universidad, denominada *Ideologie nel diritto processuale*,²⁸² ya dejaba ver las preocupaciones que lo acompañaron en sus publicaciones posteriores. Su actividad docente continuó a partir de 1962 en la Universidad de Florencia, donde fundó y dirigió por catorce años el Instituto de Derecho Comparado (1962-1976) y también algunos años el Centro de Estudios Judiciales Comparados. A partir de 1970 se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, California, lo que le permitió investigar y enseñar combinando estancias en Estados Unidos e Italia. En 1976 se incorpora al Instituto Universitario Europeo en la misma ciudad de Florencia (creado por las Comunidades Europeas), y que el propio Cappelletti denominaba como una “minicomunidad de la cultura y la enseñanza” a nivel europeo; siendo director del departamento jurídico de ese Instituto en varios periodos: 1977-1979, 1983 y 1985-1986. Fue nombrado profesor emérito de la Universidad de Stanford en 1996. Asimismo, fue profesor visitante en Universidades en todo el mundo, como en Harvard (1969), California en Berkeley (1970), París I (1981), Cambridge (1988-89), entre otras; y recibió el título de doctor *honoris causa* por varias universidades, entre las que destacan las Universidades de Aix/Marseille, en Francia, la Universidad de Gante, en Bélgica y la Universidad de La Plata, Argentina. Recibió premios, como los que obtuvo en el año de 1981, por la *Accademia Nazionale dei Lincei* en reconocimiento por sus investigaciones, y el *Premio Europeo “Lorenzo il Magnifico”* de la *Accademia Internazionale Medicea*.²⁸³

Además de su intensa labor docente, debe mencionarse su destacada actividad como conferenciante y participante en foros, encuentros y congresos internacionales, que lo llevaron a presidir la *Asociación Interna-*

²⁸² La traducción en castellano de esa conferencia, aparece en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, trad. de Miguel Spagna Berro, Montevideo, t. 58, núm. 4, abril de 1962, pp. 85-99.

²⁸³ Véase *Stanford Report*, enero de 2005, que realizaron Lawrence M. Friedman y John Henry Merryman; así como la necrología preparada por Roberto O. Berzonce, *op. cit.*, nota 281.

cional de Derecho Procesal (1983-1995). Durante los años que presidió el Instituto se llevaron a cabo importantes eventos académicos en todo el mundo, que rebasaría los fines propios del presente estudio el mencionarlos, por lo que sólo destacaremos el trascendental Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1988, relativo a “La tutela jurisdiccional de los Derechos del Hombre, a nivel nacional e internacional”, con motivo del IX centenario de la Universidad de Bolonia. También presidió la *Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas* (1983-1984) y la *Asociación Italiana de Derecho Comparado*. Fue miembro de número de la *Academia Internacional de Derecho Comparado*, del *Instituto International de Géopolitique*, de París; y miembro correspondiente de la *Academia dei Lincei*, del *British Academy*, del *Institut de France*, del *Belgian Royal Academy*, y de la *Academia Toscana di Scienze e Lettere “La Colombaria”*, entre otras asociaciones. Participó también en el Comité de reformas del Código Civil italiano en 1978.

Su obra escrita (como autor o editor) comprende más de treinta libros y un importante número de artículos, ponencias, relatorías y ensayos menores, traducidos a varios idiomas. Dirigió importantes investigaciones de derecho comparado desde el Instituto Universitario Europeo, que se le conocen como *Proyectos Florentinos sobre Acceso a la Justicia*, entre las que destacan la realizada entre 1973-1979, relativa al estudio de la asistencia legal a los pobres e indigentes, que luego lo llevaron a publicar cuatro gruesos volúmenes en seis tomos, denominados *Access to Justice*, obra a la cual nos referiremos más adelante; y la que emprendió de 1979 a 1985, consistente en un monumental proyecto de coordinación denominado *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, investigación multidisciplinaria en la que participaron juristas, politólogos, antropólogos, sociólogos y economistas de todo el mundo, publicándose seis voluminosos tomos entre los años de 1986-1987.²⁸⁴ Además, fue director de la sección de derecho procesal civil de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, a partir de 1966, volumen XVI.

La obra de Cappelletti siempre estuvo acompañada de una dimensión social. En esta dirección se advierten sus trascendentales trabajos sobre

²⁸⁴ Para la dimensión de esta magna obra, véase la introducción del propio Cappelletti, conjuntamente con M. Seccombe y Weiler, J. H. H., *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A general Introduction*, Vol. I: *Methods. Tools and Institutions*, Book I: *A Political, Legal and Economic Overview*, Berlín-Nueva York, 1986.

Processo e ideologie;²⁸⁵ *Giustizia e società*,²⁸⁶ traducido con posterioridad al español por Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en una sola obra bajo la denominación de *Proceso, ideologías y sociedad*,²⁸⁷ y especialmente su obra *Towards Equal Justice. A Comparative Study or Legal aid in Modern Societies (Texts and Materials)*.²⁸⁸ Y por supuesto la dirección de los influyentes estudios multidisciplinares sobre *Access to Justice*²⁸⁹ (editados con Bryan Garth, John Weisner y Klaus-Friedrich Koch), publicados en cuatro volúmenes en seis tomos, patrocinados por la Fundación Ford, cuyas introducciones con Bryan Garth fueron traducidas a múltiples idiomas y en español aparecieron bajo el nombre de *Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*.²⁹⁰ La preocupación de esta temática acompañó a Cappelletti en el transcurso de sus publicaciones posteriores. Destaca especialmente la coordinación de la obra (junto con Mónica Seccombe y John Weisner) *Access to Justice and the Welfare State*.²⁹¹ Su preocupación social estuvo presente hasta su último libro *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*,²⁹² publicado diez años antes de su lamentable partida y en la cual se advierten las tres dimensiones que siempre lo acompañaron: *la dimensión constitucional; la dimensión social de la justicia; y la dimensión transnacional de la justicia*, cuestiones visionarias que Cappelletti abordó de manera magistral.

B) Desde muy temprano Cappelletti siguió el interés por la justicia constitucional influenciado por su maestro Calamandrei, que como hemos visto se acercó significativamente al constitucionalismo de la época. A los veintiocho años y siendo todavía profesor asistente en la Universidad de Florencia, aparece una excepcional obra de corte comparativo: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*

²⁸⁵ Bolonia, Il Mulino, 1969.

²⁸⁶ Milán, Comunità, 1972.

²⁸⁷ Buenos Aires, EJEA, 1974.

²⁸⁸ Con la colaboración de James Fordley y Earl Johnson, Milán, Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana, 1975.

²⁸⁹ Alphen aan den Rijn-Milán, Sijthoff & Noordhoff/Giuffrè, 1978-1979.

²⁹⁰ Traducción de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1976; y luego en La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, trad. de S. Amaral, 1983, con un ligero cambio en el subtítulo: "El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos".

²⁹¹ Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981.

²⁹² Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*.

(con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco).²⁹³

En la introducción de este trabajo el propio Cappelletti señala la razón de ser de su primer estudio sistemático de estas garantías: poner de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia.²⁹⁴

Esta obra tuvo una importante repercusión a nivel mundial en los años siguientes y constituye una aportación significativa y novedosa si se tiene en cuenta que aparece cuando se inicia la tendencia de la creación de las cortes constitucionales europeas. Especialmente al restablecerse la Corte Constitucional de Austria (1945) y con la creación de la italiana (1948) y alemana (1949), con un marcado énfasis en la necesidad de consolidar los instrumentos de protección de los derechos fundamentales. En sus conclusiones Cappelletti asevera que la *Verfassungsbewehrung* que estudia en varios países constituye, siguiendo a Lechner, el “coronamiento del Estado de derecho”, ya que no sólo constituye un medio capaz de hacer efectivos los “derechos fundamentales”, sino esencialmente un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, toda vez que el individuo puede convertirse en moderador de toda función pública. Por virtud de ese recurso se abre la posibilidad al individuo de convertirse en factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Este recurso constitucional constituye, dice Cappelletti, “la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es sagrado”. En el último párrafo de su estudio, con emoción y esperanza, resume el descubrimiento que representó en su espíritu la queja constitucional:

Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones

²⁹³ Milán, Dott. A. Giuffrè, *Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, VII, 1955.

²⁹⁴ Véase, especialmente el primer apartado de la introducción al referido estudio, pp. 1-14.

—el Estado, la ley, el derecho y los derechos— existen, para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida del hombre; el medio, en fin de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, “la lite violenta en la lite jurídica”, el derecho de rebelión en el derecho de acción.²⁹⁵

Fue traducida al español seis años después en México por Héctor Fix-Zamudio bajo el título de *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*.²⁹⁶ Fix-Zamudio deliberadamente y con autorización del propio autor, cambia la expresión original del título referida a “las libertades” por la connotación “la libertad”, para dar mayor amplitud y alcance a su significado. Esta publicación debe considerarse la obra inaugural sobre el estudio sistemático comparativo de los instrumentos procesales dirigidos a la protección de los derechos y libertades fundamentales desde su concepción científica, y especialmente la edición mexicana de 1961, al aparecer además como apéndice (más extenso que el propio libro de Cappelletti), un *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, de Héctor Fix-Zamudio, que constituye un desarrollo a su pionero y fundamental trabajo de 1955 sobre *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.

La expresión sobre la “jurisdicción constitucional de la libertad” que utiliza Cappelletti ha sido ampliamente aceptada. Fue empleada por su maestro Calamandrei²⁹⁷ y ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina constitucional, por ejemplo: Fix-Zamudio,²⁹⁸ Cascajo Castro²⁹⁹ y, de manera recientemente, por Brage Camazano.³⁰⁰ Sin

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

²⁹⁶ Prólogo de Mariano Azuela Rivera, México, UNAM, 1961.

²⁹⁷ Cfr. “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”, *cit.*, nota 273, 1956, p. 18.

²⁹⁸ Véanse, entre otros, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., *cit.*, nota 251, especialmente párrafo 184: “A) Jurisdicción constitucional de la libertad”, pp. 79 y ss.; y *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), *cit.*, nota 21, pp. 203 y ss.

²⁹⁹ Cfr. “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

³⁰⁰ Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad. (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, 2005.

embargo, es Fix-Zamudio el que contribuyó a su consagración y divulgación. No sólo por haber traducido al castellano aquella clásica obra con una connotación más amplia que en el texto original, como ya quedó referido, sino particularmente al haberlo considerado como uno de los sectores de estudio de la nueva corriente científica denominada derecho procesal constitucional, junto con la jurisdicción constitucional orgánica y la transnacional.

Precisamente Cappelletti abordó el tema de la jurisdicción constitucional de la libertad en una doble dimensión. Por una parte, en sus múltiples estudios comparativos desde su obra pionera, analizó los instrumentos de protección de los “derechos de libertad” en el ámbito nacional de los Estados; y por la otra, en sus trabajos posteriores como una manifestación supranacional o transnacional del fenómeno, se hizo cargo del estudio de las jurisdicciones internacionales que paulatinamente se fueron consolidando para proteger los derechos humanos previstos en determinados instrumentos internacionales, especialmente ante el desarrollo del derecho comunitario y la consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo.³⁰¹ Esta última preocupación fue muy novedosa al sentar bases para el estudio del derecho procesal transnacional³⁰² y de lo que él denominaba “justicia constitucional supranacional”.³⁰³

C) Dos años después de esa primera obra de Cappelletti aparece *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*,³⁰⁴ año en que inicia su labor docente como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata y que continuara con posterioridad en la Universidad de Florencia. En esta obra se acerca al análisis del tradicional proceso civil

³⁰¹ Cfr. su obra *Proceso, ideologías, sociedad, cit.*, nota 167, especialmente la “Parte Segunda: La dimensión supranacional y constitucional”, p. 295 y ss.; así como sus ensayos “Justicia constitucional supranacional”, trad. de L. Dorantes Tamayo, y “El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, trad. de Jorge Rodríguez-Zapata, ambos en *La justicia constitucional...*, *cit.*, nota 143.

³⁰² Sobre el derecho procesal transnacional, véanse las ponencias generales publicadas en Andolina, Italo (a curia di), *Trans-national Aspects of Procedural Law. General Reports, International Association of Procedural Law-X World Congress on procedural law-Taormina 17-23 settembre, 1995*, Milán, Giuffrè-Università di Catania, Nuova Serie 157/3, 1998, 3 ts. Especialmente véase la ponencia de Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, t. III, pp. 181-311, particularmente sobre el “derecho procesal supranacional”, pp. 218-222.

³⁰³ “Justicia constitucional supranacional”, *La justicia constitucional...*, *cit.*, nota 143.

³⁰⁴ Milán, Giuffrè, 1957.

con una perspectiva constitucional, siguiendo los pasos de Couture y especialmente de Calamandrei que ya había abordado el tema. En ese momento la Corte Constitucional italiana ya había iniciado sus funciones. La preocupación por el estudio de los procesos constitucionales se aprecia con claridad desde sus primeros años de investigación, como se advierte cuando redactó la voz “Amparo” que aparece en 1958 en la *Enciclopedia del Diritto*,³⁰⁵ y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México.³⁰⁶

En 1960 aparece su artículo “La justicia constitucional en Italia” en las Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal y II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal.³⁰⁷ Y también en México, derivado de las conferencias que impartió en su viaje en 1965, aparece *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*.³⁰⁸ Una versión sintética y reelaborada apareció en Estados Unidos por el propio Cappelletti (junto con Jhon Clarke Adams) con el nombre de *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation*,³⁰⁹ y dos años después en Italia bajo el título *Il controllo giurisdizionario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.³¹⁰ Obra muy importante en la difusión del pensamiento de Cappelletti a nivel mundial, al haber sido traducida al alemán, inglés, español y japonés.

A iniciativa de Héctor Fix-Zamudio, esta última obra fue enriquecida con otros trabajos en la publicación mexicana de 1987 denominada *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*,³¹¹ con prólogo del propio Fix-Zamudio, y que recientemente aparece una nueva edición, publicada conjuntamente con la diversa obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*,³¹²

³⁰⁵ Editada por Dott. Antonino Giuffrè, 1958, t. I.

³⁰⁶ “Voz Amparo”, trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 63-66.

³⁰⁷ La crónica de ambos eventos, puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, núms. 37-38-39-40, enero-diciembre de 1960.

³⁰⁸ Traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, prólogo de Ignacio Medina, México, UNAM, 1966.

³⁰⁹ *Harvard Law Review*, Bobbs-Merril, vol. 79, núm. 6, abril de 1966, pp. 1207-1224.

³¹⁰ Milán, Giuffrè, 1968, con múltiples reimpressiones posteriores.

³¹¹ México, UNAM, 1987.

³¹² Traducción de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993.

en un solo libro.³¹³ Se recopilan los estudios más importantes de su pensamiento sobre el derecho procesal constitucional a la luz del derecho comparado. Puede sostenerse, sin exageración, que la obra en mención representa uno de los libros más influyentes para la disciplina científica que estudia el fenómeno del proceso y la magistratura constitucionales. Sus aportaciones siguen teniendo vigencia y actualidad en los inicios del siglo XXI. La significativa labor comparatista de la jurisdicción constitucional se vio cristalizada con su conocida obra *Judicial Review in the Contemporary World*,³¹⁴ traducida a varios idiomas.

Como se puede apreciar, Mauro Cappelletti realizó contribuciones relevantes para el derecho procesal constitucional a lo largo de su obra escrita, especialmente en los antecedentes de los instrumentos de control constitucional de las leyes, en la sistematización de los medios de protección constitucional de los derechos fundamentales en su dimensión nacional como internacional y en la utilización del método comparativo para el análisis de la jurisdicción constitucional. Si bien estas contribuciones son fundamentales en el contenido del derecho procesal constitucional, debe precisarse que Cappelletti no utiliza la expresión ni tampoco advierte la existencia de la disciplina, como lo sí lo hiciera Fix-Zamudio en el mismo año de aquella pionera obra del jurista italiano.

XII. LA TESIS CONCEPTUAL Y SISTEMÁTICA DE FIX-ZAMUDIO (1955-1956)

Llegamos al mismo punto con el cual iniciamos la elaboración de las presentes líneas: la tesis conceptual y sistemática de Héctor Fix-Zamudio sobre el derecho procesal constitucional. Representa el último eslabón del peregrinaje científico de la disciplina que se iniciara en 1928 con el precursor ensayo de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”.

Con este trascendental trabajo del fundador de la escuela de Viena comienza una nueva etapa relativa al estudio dogmático de la jurisdicción constitucional y de los instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución. Una vez consolidada la postura kelseniana que repercutió en la

³¹³ Cappelletti, Mauro, *Obras: La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007.

³¹⁴ Indianapolis-Kansas City-Nueva York, Bobbs-Merryl, 1971.

concepción misma del derecho y en las nuevas constituciones democráticas, con el paso del tiempo aparecieron dentro de la corriente del mejor procesalismo científico las figuras de Alcalá-Zamora, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, que condujeron a la concepción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Mientras Kelsen sentó los cimientos, las bases generales desde la teoría del derecho, Couture, Calamandrei y Cappelletti contribuyen para encauzar el fenómeno hacia su significación científica procesal. Y en esa misma corriente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo advierte la existencia de la nueva disciplina, con la misma lógica con la cual se venía dando la autonomía de las restantes ramas procesales bajo la unidad de la teoría general del proceso. Faltaba todavía el último eslabón: su coherencia estructural y de sistematicidad científica.

Es en ese contexto donde aparece el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional como tal, es decir, en su dimensión de análisis conceptual como disciplina jurídica autónoma de naturaleza procesal. Se debe a Héctor Fix-Zamudio este mérito en su tesis para optar por el grado de licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) de 1955, cuyo título es: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.³¹⁵ En la elaboración de este trabajo Fix-Zamudio dedicó cinco años bajo la dirección, en un primer momento del procesalista José Castillo Larrañaga, y luego de quien se convertiría en su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, habiendo realizado el examen profesional el 18 de enero de 1956 obteniendo mención honorífica.

Esta verdadera “joya” de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante de representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno científico. Por supuesto que Fix-Zamudio se apoyó y tuvo en cuenta la gran aportación de Kelsen en su famoso artículo de 1928, que inspira incluso el título de su tesis, como también se advierte una clara influencia de Couture, Calamandrei, Cappelletti y de su maestro Alcalá-Zamora y Castillo. Sin embargo, no se debe a ninguno de los afamados juristas el primer estudio sistemático por virtud del cual se pone en conexión su identidad, naturaleza y ubicación dentro de la ciencia procesal, su defini-

³¹⁵ México, 1955.

ción y contenido, así como su delimitación propiamente con la ciencia constitucional.

El trabajo de Fix-Zamudio de 1955 consta de ciento sesenta y siete páginas, dividido en cinco capítulos. No llegó a publicarse en forma de libro, sino a manera de artículos que fueron apareciendo en diversas revistas. Así se publicaron en 1956 de manera sucesiva sus ensayos: “Derecho procesal constitucional”;³¹⁶ “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”;³¹⁷ “El proceso constitucional”;³¹⁸ y “Estructura procesal de amparo”.³¹⁹ En ese mismo año se publica su primer artículo (independiente de su tesis de 1955), que lleva el emblemático título: “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”;³²⁰ también aparecen sus primeras traducciones sobre la materia³²¹ y una “Biografía de Piero Calamandrei”.³²²

Su tesis de licenciatura de 1955 quedó reproducida de manera íntegra, junto con ese primer artículo en su obra *Juicio de amparo* que publicara en 1964.³²³ En realidad en este libro quedan reunidos seis ensayos que aparecieron entre los años de 1955 a 1963: I. “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo”;³²⁴ II. “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”;³²⁵ III. “Algunos problemas que plantea el amparo contra

³¹⁶ *La Justicia* (fundador Alfredo Vázquez Labrido), t. XXVII, núm. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y 12361-12364. Corresponde al capítulo III de su tesis de 1955, pp. 56-97.

³¹⁷ *Foro de México* (director Eduardo Pallares), núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12. Corresponde al capítulo V, relativas a las conclusiones de su tesis de 1955, pp. 157-178.

³¹⁸ *La Justicia*, t. XXVII, núm. 317, septiembre de 1956, pp. 12625-12636. Corresponde a la primera parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 99-126.

³¹⁹ *La Justicia*, t. XXVII, núm. 318, octubre de 1956, pp. 12706-12712. Corresponde a la última parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 126-139.

³²⁰ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211. Posteriormente publicado en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 145-211; así como en la *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37.

³²¹ “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *cit.*, nota 252, pp. 153-189.

³²² Junto con Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 252, pp. 17-39.

³²³ Prólogo de Antonio Martínez Báez, México, Porrúa, 1964.

³²⁴ *Op. cit.*, nota 1, corresponde a su tesis de licenciatura.

³²⁵ *Op. cit.*, nota 320.

leyes”;³²⁶ IV. “Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana”;³²⁷ V. “Mandato de seguridad y juicio de amparo”;³²⁸ y VI. “Panorama del juicio de amparo”.³²⁹

El primero de ellos corresponde, como hemos anotado líneas arriba, a su tesis de licenciatura de 1955 y publicada parcialmente al año siguiente a manera de artículos independientes en revistas mexicanas. La estructura del trabajo consta de cinco capítulos, que analizaremos brevemente.

I. *Planteamiento del problema*. Constituye el primer capítulo a manera de introducción y justificación del estudio (páginas 9-14). Partiendo de la problemática relativa a que el juicio de amparo mexicano se ha convertido paulatinamente en un procedimiento sumarísimo a “un dilatado y embarazoso procedimiento que iguala a los más complicados de naturaleza civil”, Fix-Zamudio advierte que con independencia de las reformas legislativas que pudieran emprenderse al respecto, es necesario previamente esclarecer “la naturaleza procesal del amparo” que desde su creación en el siglo XIX ha sido analizado esencialmente en su aspecto político y no en su estructura estrictamente jurídica que es la procesal. De esta manera estima que de la misma forma en que “sólo haciendo una cuidadosa auscultación del paciente está en posibilidad el médico de intentar su cura: de este modo, sólo precisando el concepto del proceso constitucional, es factible encausarlo en la vía por la cual puede desarrollarse firme y plenamente”. El proceso constitucional de amparo debe ser estudiado dentro de la más reciente rama del derecho procesal como lo es el derecho procesal constitucional que “todavía no ha salido de la etapa analítico-descriptiva, por no decir exegética, que ha sido superada en otras disciplinas adjetivas, para iniciar francamente un estudio dogmático del amparo desde el punto de vista de la teoría general del proceso”.

³²⁶ *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.

³²⁷ Apéndice al libro de Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., nota 296, pp. 131-247.

³²⁸ *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-60, reproducido en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, pp. 3-69, en colaboración con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y Alejandro Ríos Espinoza.

³²⁹ Este ensayo ha sido actualizado con el paso de los años hasta su versión más actualizada denominada “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, que aparece en la obra del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 1-96.

El autor define su postura y finalidad del estudio: “nuestro trabajo ha de orientarse a una ordenación del amparo hacia la teoría general del proceso y situándolo dentro de la nueva disciplina adjetiva: el derecho procesal constitucional, y esto no sólo con el afán puramente especulativo, sino también con propósitos prácticos, como son el lograr una reglamentación adecuada a su naturaleza que pueda resolver todos los problemas que hasta la fecha han impedido una real y verdadera legislación orgánica del amparo”. En realidad el contenido de los restantes capítulos rebasa con creces el objetivo pretendido por el autor. No sólo se dirige al estudio dogmático del juicio de amparo. Como cuestión previa realiza un profundo análisis de la evolución que ha experimentado la ciencia procesal en general, estableciendo una novedosa clasificación sistemática de sus diversas ramas, con la finalidad de ubicar el sitio donde debe encuadrarse al derecho procesal constitucional; de ahí construye la categoría contemporánea de “garantía constitucional” y ubica al amparo como parte de esa nueva disciplina al constituir su naturaleza jurídica el de un proceso constitucional.

II. *Situación de la materia en el campo del derecho procesal.* Este segundo capítulo parte del concepto mismo del derecho procesal. Entiende el autor que existe un “derecho instrumental” y dentro del cual deben distinguirse el “derecho procedimental” y el “derecho procesal”. El primero se ocupa de las normas que señalan los requisitos formales necesarios para la creación y realización de las disposiciones materiales y el segundo estudia las normas que sirven de medio a la realización del derecho, en el caso concreto, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Partiendo de esta concepción del derecho procesal emprende su análisis a la luz de su carácter unitario. Advierte que la confusión generada deriva de los distintos planos en que se analiza la ciencia del derecho procesal, el proceso, el procedimiento y la jurisdicción. Examinando las distintas teorías de la diversidad especialmente aquellas defendidas por Eugenio Florián y Vicente Manzini, relativas al proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, advierte que en realidad no son contradictorios sino que por el contrario parten de las mismas teorías fundamentales para explicar la naturaleza y fines del proceso, lo que pone de manifiesto la unidad esencial del derecho procesal. De tal suerte

concluye que existe esta unidad conceptual, si bien con diversidad en el proceso y multiplicidad del procedimiento.

En un apartado específico analiza con detalle el carácter histórico de la diversidad del proceso. Para ello analiza el proceso evolutivo de la concepción científica del derecho procesal, que iniciara desde la famosa obra de Bülow de 1968, quien le otorga al proceso un carácter de relación pública entre el juez y las partes, distinguiendo el derecho material y la acción procesal. Pasando por Wach en su teoría sobre la pretensión de tutela jurídica, hasta la conocida prolucción de Chiovenda de 1903 y de autores que siguieron abonando en la construcción científica de la disciplina (Goldschmidt, Carnelutti, Calamandrei, Couture, Prieto Castro, Fairén Guillén, etcétera).

Así se llega a visualizar la conquista del derecho procesal civil como rama autónoma y advierte la manera en que las mismas teorías encuentran eco en el proceso penal hasta su aceptación como disciplina autónoma. Concluye destacando que

...de estas dos primitivas ramas del derecho procesal se fueron formando otras que paulatinamente fueron alcanzando autonomía (haciendo hincapié que con esta palabra no queremos indicar independencia absoluta o desvinculación de la ciencia madre), expansión que se inicia a partir de la revolución Francesa, primeramente con el derecho procesal administrativo (que es desarrollado en forma admirable en Francia a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado), posteriormente con el constitucional, el laboral, el agrario, el asistencial, y finalmente, el supraestatal, con inmensas perspectivas en el agitado mundo de la segunda posguerra; pudiendo decirse que ninguna disciplina jurídica ofrece tan brillante futuro como la antaño modesta ciencia procesal, ya que el proceso tiende a invadir y a abarcar todo el inmenso campo del derecho (página 24).

Con estas premisas y otorgando al derecho procesal el carácter de público derivado de su evolución a partir de la segunda mitad del siglo XIX, realiza un ensayo de clasificación de sus diversas ramas. Lo anterior con la finalidad de situar “geográficamente” al derecho procesal constitucional, género al cual pertenece, a su vez, el proceso de amparo. De esta forma clasifica, según la finalidad de las normas, al derecho procesal en: *a)* dispositivo (derecho procesal civil y mercantil); *b)* social (derecho procesal laboral, agrario y asistencial); *c)* inquisitorio (derecho

procesal penal, familiar y del estado civil, administrativo y constitucional), y *d*) supraestatal.

Esta clasificación si bien pudiera actualizarse con una perspectiva contemporánea, tiene el gran mérito de ubicar a la nueva disciplina del derecho procesal constitucional en el concierto de las ramas procesales, otorgándole el carácter inquisitorio. Señala el autor que “con mayor razón debemos situar en este grupo de normas procesales a aquéllas que sirven de método para lograr la efectividad del principio de la supremacía constitucional, la que caería por su base si los órganos del poder pudieran desconocer o violar las normas fundamentales, sin que existiera un medio para prevenir y reparar dichas violaciones” (página 49). En este sentido distingue entre el “proceso” del simple “procedimiento” constitucional. Este último entendido como la vía para lograr la defensa constitucional sin acudir a un acto jurisdiccional, como ejemplifica sucede con la responsabilidad ministerial, la emisión de los votos de confianza, la disolución del Poder Legislativo o el veto presidencial. En cambio, “dado el carácter público del proceso constitucional es evidente que el principio oficial o inquisitorio tiene plena aplicación”.

III. *El derecho procesal constitucional*. Mientras que los capítulos anteriores sirvieron para establecer la naturaleza procesal de la disciplina como rama del derecho procesal, este tercer capítulo lo destina Fix-Zamudio a su sistematización dogmática. Este apartado constituye el primer estudio realizado sobre la “ciencia del derecho procesal constitucional” como disciplina procesal. Y para ello el autor lo divide en siete partes:

1. *Nacimiento de la disciplina*

Partiendo de la evolución del derecho procesal como ciencia expuesta en los capítulos precedentes, Fix-Zamudio enfatiza que

...llegamos a la conclusión de que existe una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando éstos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado: siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la ciencia del derecho procesal, y por lo tanto, no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del derecho.

Esta aseveración resulta significativa, en la medida en que reconoce el propio Fix-Zamudio que el derecho procesal constitucional todavía no había sido objeto de un análisis sistemático que estableciera su naturaleza jurídica. Esto confirma nuestra hipótesis relativa a que en realidad el trabajo de Fix-Zamudio que estamos comentando representa el primero en sistematizarla en su dimensión de disciplina autónoma procesal, lo cual dista de la intención de Kelsen en su ensayo de 1928. De esta manera, estimamos que no debemos confundir la base de cimentación (Kelsen), con la construcción dogmática de la disciplina como ciencia procesal (Couture, Calamandrei, Cappelletti), hasta llegar a su reconocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo) y sistematización conceptual (Fix-Zamudio).

Fix-Zamudio parte de las consideraciones de Kelsen y advierte que los diversos estudios que se han realizado en relación con los métodos para actualizar los mandatos de la Constitución están dispersos en los manuales de derecho político o constitucional y englobados bajo la denominación genérica de “defensa constitucional”, por lo que con mayor razón considera que el análisis del concepto de proceso constitucional sea nuevo y prácticamente virgen. Considera que esto se debe, por una parte, a que la Constitución, como objeto de conocimiento, ha sido estudiada preferentemente desde el punto de vista sociológico y político, y de manera secundaria su aspecto estrictamente normativo. Por la otra, a que las normas constitucionales están frecuentemente desprovistas de sanción, esto es, carecen de remedios jurídicos en caso de su violación, recurriéndose frecuentemente a medios políticos para lograr la reparación o cumplimiento de la norma infringida, lo que ha provocado que los estudios se concentren en esa protección política o sociológica. Sin embargo, a partir de las ideas de Hans Kelsen y de Mirkin-Guetzevicht sobre la “racionalización del poder” y continuada por Carl Schmitt, Herman Heller y otros juristas, se alienta la preocupación de un estudio científico de la salvaguardia de la Constitución, incluso en la doctrina francesa (León Duguit, Gastón Jese y Julián Bonnetcase), para predicar la nueva corriente del control jurisdiccional de la Constitución, que ya venía aplicándose en los Estados Unidos derivada de la jurisprudencia de su Corte Suprema.

2. La defensa constitucional

Este es un apartado de relevancia en la medida en que Fix-Zamudio, con la finalidad de contribuir al objeto de estudio de la nueva rama pro-

cesal, emprende su deslinde con el derecho constitucional. Esta delimitación la realiza a través de la distinción entre los conceptos de “defensa” y “garantía” de la Constitución. Asevera que esta confusión lleva a “errores semánticos” de manera similar a los que se producen cuando se identifica el derecho subjetivo con la acción procesal.

El autor parte de la concepción de Calamandrei sobre las disposiciones “primarias” dirigidas al sujeto jurídico y las “secundarias” enderezadas hacia un órgano del Estado encargado de imponer ese mandato primario, así como de las ideas de James y Roberto Goldschmidt sobre el carácter “justicial” de aquellas normas secundarias o sancionatorias. Bajo esta concepción, entiende que “las garantías de las normas supremas son aquéllas de carácter justicial formal que establecen la actualización del poder que debe imponer la voluntad del Constituyente”. Y señala su preferencia por la expresión “garantía” de las también utilizadas connotaciones relativas a la “tutela” o “control”, al estimar que la primera implica en sentido estricto un remedio, un aspecto terapéutico o restaurador, mientras que las otras expresiones son demasiado amplias.

La “Defensa de la Constitución” conforme al pensamiento de Fix-Zamudio, constituye un concepto genérico de salvaguarda de la norma suprema, que comprende tanto a los aspectos “patológicos” como “fisiológicos” en la defensa de la ley fundamental, a manera de sus dos especies: *a)* La primera denominada “protección constitucional” es materia de la ciencia política en general, de la teoría del Estado y del derecho constitucional. Comprende la protección política (principio de división de poderes), protección jurídica (procedimiento dificultado de reforma constitucional), protección económica (control del presupuesto del estado) y la protección social (organización de los partidos políticos), teniendo un carácter eminentemente “preventivo o preservativo”, y *b)* la segunda que denomina “garantías constitucionales”, materia del derecho procesal constitucional y que constituyen los remedios jurídicos de naturaleza procesal destinados a reintegrar la eficacia de los preceptos constitucionales violados, por lo que tienen un carácter “restitutorio o reparador”.

3. Garantías fundamentales y garantías de la Constitución

Fix-Zamudio se detiene a su vez en las tres diversas connotaciones de la expresión “garantías” que se le otorgan en el derecho público. Por un

lado la tradicional denominación de “garantías fundamentales” como sinónimo de derechos, utilizada por las Constituciones francesas posteriores a la Revolución de 1789; por otro, aquella concepción que se refiere a los instrumentos sociales, políticos y jurídicos para preservar el orden jurídico establecido en la Constitución (Jellinek); y por último, su significación como método procesal para hacer efectivos los mandatos fundamentales. De ahí concibe la distinción contemporánea que debe existir entre “garantías fundamentales” entendidas como derechos y “garantías constitucionales” referidas a los medios procesales que dan efectividad a los mandatos fundamentales cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

4. *Diversos sistemas de garantías de la Constitución*

Una vez definida la significación de las “garantías constitucionales” se analizan los sistemas establecidos para reintegrar la validez del orden constitucional. Partiendo de los dos sistemas significados por Kelsen relativos a la “abrogación de la ley inconstitucional” y la “responsabilidad personal del órgano”, el autor estima que esta clasificación resulta insuficiente al quedar excluidos aquellos actos contrarios a las disposiciones dogmáticas y orgánicas de la Constitución que no tengan carácter legislativo. Por lo tanto, Fix-Zamudio estima que en realidad los sistemas de garantías de la Constitución son de tres clases:

A) *Garantía política*, que realiza un órgano político, pudiendo ser alguno de los existentes en la estructura de la Constitución o bien un órgano especialmente creado. Es un órgano calificado como poder “neutral” “intermedio” “regulador” o “moderador” conforme a la concepción de Schmitt y que tiene su origen en la teoría de la monarquía constitucional del siglo XIX (Benjamin Constant).

B) *Garantía judicial de la Constitución*, que se sigue ante un tribunal establecido al efecto, teniendo como función la de declarar, sea de oficio o principalmente a petición de personas u órganos públicos legítimos, cuando una ley o un acto son contrarios a la ley fundamental y produce tal declaración la anulación absoluta de los mismos. Advierte el autor dos sistemas, el que denomina “austriaco” por obra de Kelsen, si bien con precedentes anteriores en algunas Constituciones alemanas como las de Baviera (1818) y Sajona (1831) que instituyeron un Tribunal de Justi-

cia Constitucional como lo advertía Schmitt; y el que denomina “español”, por haberse creado en la Constitución de la II República española de 1931, que si bien se inspiró en el sistema “austriaco”, estableció modalidades que permiten considerarlo como un sistema peculiar con procedimientos específicos.

C) *Garantía jurisdiccional de la Constitución*, que realizan los órganos estrictamente jurisdiccionales actuando en la composición de la litis sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto y a través del “agravio personal”. El autor lo denomina “sistema americano”, en virtud de que es seguido en términos generales por los países de ese continente y derivado de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Este sistema se divide, conforme a la concepción del autor, en dos grandes ramas: la primera que se realiza a través de una verdadera jurisdicción constitucional (como señala sucede en México debido a que del amparo conoce privativamente y con procedimiento especial el Poder Judicial de la Federación); y la segunda, cuyo control se realiza por el Poder Judicial común (excepto los denominados *extraordinary legal remedies*) dentro del procedimiento ordinario.³³⁰

5. *Ventajas y superioridad de la garantía jurisdiccional*

El autor precisa que no existen en forma típica ni exclusiva los diversos sistemas de garantías de la Constitución. Sin embargo, las argumen-

³³⁰ Por supuesto que existen construcciones dogmáticas de gran calado en la actualidad, como la concepción de “garantía” de Luigi Ferrajoli, al entender que “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales, para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/ o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos” (*Derechos y garantías. La ley del más débil, cit.*, nota 205, p. 25).

taciones de Fix-Zamudio se dirigen a la superioridad que caracteriza al sistema de garantía jurisdiccional, sea como integrante de una jurisdicción especializada o como órgano judicial ordinario, al ser la figura del juez el defensor más calificado de las normas fundamentales, actuando sin apasionamiento ni vehemencia de las lides políticas.

6. *Concepto de derecho procesal constitucional*

Así llega el autor a una definición de lo que entiende por derecho procesal constitucional, al concebirla como

...la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo en palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales (páginas 90- 91).

7. *El derecho procesal constitucional mexicano*

Pone en conexión los apartados anteriores con el ordenamiento jurídico mexicano. Así se ocupa del examen de las garantías de la propia Constitución y que están establecidas en el texto mismo de la norma suprema. Fix-Zamudio advierte tres garantías de carácter jurisdiccional y en tal virtud, tres procesos diversos, a saber: 1) el que denomina “represivo” que corresponde al “juicio político” o “de responsabilidad” (artículo 111); 2) el proceso constitucional que se contrae a las controversias entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquéllas en que la Federación fuese parte (artículo 105), y 3) el proceso de amparo, que se contrae a la controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales (artículo 103).

8. *El proceso constitucional*

En este cuarto capítulo el autor estudia de manera particular al amparo como “el proceso constitucional por antonomasia, en virtud que constituye la garantía normal y permanente de la Constitución, en contradicción con los otros dos que son medios extraordinarios e intermitentes”. Partiendo de un estudio genérico de lo que se entiende por “proceso” y de las diversas teorías en su evolución, define al mismo como “el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones”.

Una vez establecida la naturaleza y fines del proceso en general, Fix-Zamudio incursiona en la naturaleza jurídica y fines propios del “proceso de amparo”. Así estudia conceptos como la “acción constitucional”, la “jurisdicción constitucional”, la “relación jurídica procesal” y su “estructura procesal”. En este último sentido, la separación estructural de los diversos tipos de amparo constituye una de las principales contribuciones del autor, diseccionando los distintos sectores del amparo mexicano: 1) el primer sector se refiere a su concepción original como medio de protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual y colectiva; 2) el segundo como “amparo contra leyes”; 3) el tercero en su dimensión de garantía de la legalidad, es decir, el “amparo casación”, que se perfila como un recurso de casación propiamente dicho. Y es por ello que el autor considera que el amparo mexicano tiene una trilogía estructural, de recurso de inconstitucionalidad, de amparo de derechos fundamentales y de amparo de casación, lo que lo lleva también a la conclusión de la desbordante labor que en ese entonces realizaba la Suprema Corte de Justicia, al realizar las funciones de un Tribunal Constitucional, de una Corte de Casación, de un Tribunal Supremo Administrativo y de un Tribunal de Conflictos.

Con esta significativa aportación se inició en México la reivindicación de la naturaleza procesal del amparo. El propio Fix-Zamudio ha reconocido expresamente “iniciar esta corriente” en un importante estudio que preparó con motivo al merecido homenaje a su maestro Alcalá-Zamora y Castillo, bajo el título de “El juicio de amparo y enseñanza del derecho procesal”. El profesor mexicano expresa:

Creeemos haber tenido el privilegio de iniciar esta corriente con nuestra sencilla tesis profesional intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana* (México, 1955), que lleva el subtítulo significativo de ensayo de una estructuración procesal del amparo, inspirada en las enseñanzas del distinguido procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo sobre la unidad del derecho procesal, y en cuanto a la trilogía estructural de nuestra institución.³³¹

Esta definición conceptual, sin embargo, fue debatida por Ignacio Burgoa, destacado profesor de amparo y que en aquel entonces ya contaba con su clásica obra sobre la materia.³³² En la sexta edición de su obra critica la corriente procesalista para estudiar el amparo, al considerar que la teoría general del proceso se origina del proceso civil, diferente del amparo por su motivación y teología. Se dio pronto la polémica debido a que el destacado abogado Santiago Oñate opinaba lo contrario, defendiendo el carácter procesal del amparo.³³³ Esto repercutía incluso en la manera en que debía enseñarse la materia en las universidades, ya que tradicionalmente se ha enseñado bajo el título de “garantías y amparo”, que implica el estudio propiamente de los derechos fundamentales y del mecanismo procesal de su tutela.

Esto llevó a Fix-Zamudio a defender su postura en los siguientes años, al señalar:

¿En qué consiste esta teoría general del proceso, que parece tan esotérica a varios de los cultivadores del juicio de amparo mexicano? Se trata en realidad de una conclusión muy simple, que consiste en sostener la existencia de una serie de conceptos comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, los

³³¹ Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, en el “Número Especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, cit., nota 215, p. 429.

³³² *El juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1968. La última edición de este clásico libro es la 41a. ed., de 2006. La 1a. edición corresponde al año de 1943. El profesor Burgoa falleció a los 87 años, el 6 de noviembre de 2005. Véanse las semblanzas de Xitlali Gómez Terán y Alfonso Herrera García, que aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 447-79 y 481-486, respectivamente.

³³³ La polémica aparece en los periódicos *Excelsior* del 7 de junio y *El Heraldo* del 2 y 5 de julio, todos de 1968; citado por Héctor Fix-Zamudio, en su estudio “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, cit., nota 215, p. 426, notas 2 a 4.

cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asumen en cada una de las disciplinas específicas.³³⁴

9. Conclusiones

El último capítulo contiene diecisiete conclusiones que reflejan el contenido del trabajo desarrollado. Para los efectos que aquí interesan, destacan las conclusiones segunda, cuarta y quinta, que expresan:

SEGUNDA. Las grandes conquistas alcanzadas por la teoría general del proceso en los últimos tiempos, primeramente bajo la dirección de los juriconsultos alemanes y posteriormente por la ciencia jurídica italiana, que ha trascendido a los procesalistas españoles e hispanoamericanos; y por otra parte, la aparición de una nueva disciplina procesal: “El derecho procesal constitucional” permiten encauzar el amparo hacia su plena reivindicación procesal, aspecto que ha ocupado hasta la fecha un lugar secundario, pero que promete un gran florecimiento, eliminando los obstáculos que impiden una consciente y necesaria reforma de la legislación de amparo.

CUARTA. Dentro de la clasificación del proceso en razón de su materia, el amparo debe considerarse formando parte del derecho procesal constitucional, el cual, por virtud de la categoría de normas que garantiza, que son las fundamentales del ordenamiento jurídico, entra plenamente dentro del sector inquisitorio del derecho procesal, toda vez que la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes tanto sobre el objeto del litigio como sobre el material probatorio, el predominio de la verdad material sobre la formal, y la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.

QUINTA. La falta de sistematización de una materia tan novedosa, como lo es la ciencia del derecho procesal constitucional, cuya consolidación debe situarse en el año de 1928, en el cual el profesor Hans Kelsen publicó un fundamental trabajo sobre la misma, hace necesario precisar conceptos, para lo cual debe hacerse la distinción, dentro del género de la defensa constitucional de dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente: por un lado deben situarse aquellas que sirven de protección a las disposiciones supremas, que tienen un carácter preventivo o preservativo y, por otro, a las de naturaleza procesal o “justicia formal”,

³³⁴ *Ibidem*, p. 431.

que garantizan la Constitución de manera represiva y reparadora. Estas últimas constituyen las “garantías de la Constitución”.

Hasta aquí el resumen de la trascendental postura doctrinal de Fix-Zamudio que elaboró en su tesis para obtener el grado de licenciado en derecho en el año de 1955, cuyos capítulos se publicaron parcialmente en distintas revistas al año siguiente. Como puede apreciarse, representa el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional, entendida como disciplina autónoma procesal.

El origen científico del derecho procesal, como hemos tratado de exponer a lo largo del presente estudio, inicia con el trascendente estudio de Kelsen en 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Este ensayo que impactó a la concepción misma del derecho, constituye la base sobre la cual la corriente científica procesal encontraría sustento, por lo que puede considerarse a Kelsen como el precursor de la disciplina. Sin embargo, el desarrollo desde la corriente del procesalismo científico se debió a las aportaciones de Eduardo J. Couture (1946-1948), Piero Calamandrei (1950-1955) y Mauro Cappelletti (1955). Estos autores desde distintas perspectivas estudiaron las categorías procesales vinculadas a la Constitución, especialmente “el debido proceso”, las nuevas “jurisdicciones constitucionales” así como los “procesos constitucionales” que se habían creado. Y es Alcalá-Zamora y Castillo (1944-1947), como acertadamente lo ha puesto de relieve recientemente el destacado jurista peruano Domingo García Belaunde, el que por vez primera vislumbra la “disciplina científica” y le otorga nombre. Faltaba, sin embargo, la configuración conceptual y sistemática, que la realizara Héctor Fix-Zamudio (1955-1956), a manera de último eslabón de construcción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Es precisamente con la clara postura doctrinal de Fix-Zamudio donde el derecho procesal constitucional se termina de configurar “como ciencia”, debido a que:

- 1) Parte del reconocimiento de la “falta de sistematización” de la ciencia del derecho procesal constitucional.
- 2) La incardina en la ciencia procesal a manera de una de sus ramas y como consecuencia natural de la evolución que han experimentado las demás ramas procesales. Si bien Alcalá-Zamora y Castillo lo había puntualizado con anterioridad, es Fix-Zamudio el que lo sustenta científicamente.

- 3) Acepta la teoría de la unidad de la ciencia procesal, aclarando que existe diversidad de procesos y multiplicidad de procedimientos.
- 4) Clasifica las diversas ramas procesales teniendo en cuenta el objeto de sus normas y encontrando la naturaleza propia del derecho procesal constitucional.
- 5) Ubica al derecho procesal constitucional dentro de las disciplinas que comprenden el sector inquisitorio del derecho procesal. Entiende que debido a la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes del objeto del litigio como del material probatorio y predomina la verdad material sobre la formal, así como la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.
- 6) Para determinar el objeto de estudio del derecho procesal constitucional, realiza un planteamiento integral de la defensa de la Constitución.
- 7) Partiendo de la connotación genérica de la defensa constitucional, distingue entre sus especies dos grandes grupos de normas que tutelán los mandatos del constituyente. Por una parte las que denomina “protección constitucional” que protegen las disposiciones supremas teniendo un carácter preventivo o preservativo. Las segundas, que denomina “garantías constitucionales” se integran por los instrumentos procesales que garantizan la Constitución de manera represiva y reparadora.
- 8) Delimita el estudio entre la ciencia constitucional y la procesal, puntualizando que las primeras pertenecen al campo del derecho constitucional, derecho político o teoría del Estado; mientras que las segundas constituyen objeto de estudio del derecho procesal constitucional.
- 9) Estudia las diversas connotaciones que desde el derecho público se le han atribuido al vocablo “garantías”, para deducir que la concepción contemporánea de las “garantías constitucionales” se dirige a su significación como instrumentos de protección y no en su dimensión de derechos fundamentales. Esto lo lleva a distinguir, por tanto, las “garantías fundamentales” de las “garantías de la Constitución”, entendiendo estos últimos como los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto

- remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales.
- 10) Distingue tres especies de “garantías de la Constitución”: política, judicial y jurisdiccional, que producen los tres sistemas existentes en la defensa de la Constitución.
 - 11) Estudia el por qué la “garantía jurisdiccional” es el que ofrece mayores ventajas.
 - 12) Se establece por primera vez un concepto del derecho procesal constitucional, entendida como la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o exista incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido.
 - 13) Establece el contenido del derecho procesal constitucional mexicano, identificando las garantías constitucionales establecidas en su ley fundamental.
 - 14) Para definir el “proceso constitucional” se parte de la naturaleza jurídica y fines mismos del “proceso”, como una de las categorías fundamentales de la ciencia procesal. Para ello se emprende el análisis de las diversas teorías desde la corriente del procesalismo científico.
 - 15) Define al proceso como el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que implica la vinculación de las partes con el juzgador y que ese desenvuelve a través de una serie de situaciones jurídicas que se van sucediendo según las partes actúen en relación con las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que les son atribuidas.
 - 16) Se distingue entre los fines de las pretensiones de las partes (protección de los derechos subjetivos), de la jurisdicción (actuación del derecho objetivo) y de los fines propios del proceso, que pueden ser inmediatos (composición del litigio) o mediatos (restaurar el orden jurídico violado).
 - 17) Definiendo el proceso y sus fines, llega al entendimiento de que la institución del “amparo” es un “proceso” que merece la califica-

ción de “constitucional” por su doble vinculación con la ley fundamental, debido a que su objeto lo constituyen precisamente las normas constitucionales, ya sea directamente o a través del control de legalidad, y además porque su configuración se encuentra en los propios preceptos fundamentales.

- 18) Analiza las particularidades del “proceso constitucional de amparo”, donde advierte que existe una “acción constitucional” y una “jurisdicción constitucional”.
- 19) Advierte la triple naturaleza del proceso de amparo mexicano: como un verdadero amparo (en su concepción original para la protección de los derechos fundamentales), como un “recurso de casación” (amparo-casación) y como un “recurso de inconstitucionalidad” (amparo contra leyes).
- 20) Analiza la problemática derivada de la compleja competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al actuar como Tribunal Constitucional, Corte de Casación, Tribunal Supremo Administrativo y Tribunal de Conflictos.

Debe tenerse presente que este planteamiento sistemático e integral de la ciencia del derecho procesal constitucional se realizó por Fix-Zamudio en 1955, cuando todavía no iniciaba funciones la Corte Constitucional italiana y la alemana se encontraba en sus primeros trazos. Es por ello que si bien algunos planteamientos pueden verse superados o redimensionados a la luz del desarrollo contemporáneo que han experimentado las magistraturas constitucionales en sus diversas modalidades, el planteamiento teórico relativo a su definición conceptual y sistemática como disciplina autónoma procesal sigue vigente. En esa dimensión debemos de valorar esa joya de ensayo del hoy *investigador emérito* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y replantear su significación histórica ahora que los estudiosos escudriñan el nacimiento científico de la disciplina del derecho procesal constitucional.

Esta postura es la que, con algunos matices y desarrollos posteriores, ha defendido el profesor mexicano a lo largo de sus cincuenta años fructíferos de investigación jurídica, como se puede apreciar de las últimas ediciones de sus trascendentales libros sobre *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*,³³⁵ *Derecho constitucional*

³³⁵ 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005 (1a. ed., 1994, 2a. ed., 1998)

mexicano y comparado (con Salvador Valencia Carmona)³³⁶ e *Introducción al derecho procesal constitucional*.³³⁷

Desde hace medio siglo comenzaron sus enseñanzas sobre el derecho procesal constitucional, que se refleja directa o indirectamente en todos sus libros y donde se pueden apreciar distintas etapas en la evolución de su pensamiento: *El juicio de amparo*,³³⁸ *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*,³³⁹ *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*,³⁴⁰ *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*,³⁴¹ *Metodología, docencia e investigación jurídicas*,³⁴² *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*,³⁴³ *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*,³⁴⁴ *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*,³⁴⁵ *Ensayos sobre el derecho de amparo*,³⁴⁶ *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*,³⁴⁷ *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*,³⁴⁸ *El consejo de la judicatura*,³⁴⁹ *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,³⁵⁰ *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, y³⁵¹ *Derecho procesal*.³⁵²

³³⁶ México, Porrúa-UNAM, 5a. ed., 2007 (1a. ed. 1999, 2a. ed. 2001, 3a. ed. 2003 y 4a. ed. 2005).

³³⁷ Querétaro, Fundap, 2002.

³³⁸ México, Porrúa, 1964.

³³⁹ México, UNAM, 1968.

³⁴⁰ México, UNAM, 1974.

³⁴¹ México, UNAM, 1980 (2a. ed., Porrúa-UNAM, 1985).

³⁴² México, Porrúa-UNAM, 14a. ed., 2007 (1a. ed. UNAM, 1981).

³⁴³ Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

³⁴⁴ México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988.

³⁴⁵ México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

³⁴⁶ México, Porrúa-UNAM, 3a. ed., 2003 (1a. ed., UNAM, 1993, 2a. ed., Porrúa-UNAM, 1999).

³⁴⁷ México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2a. ed., 2001 (1a. ed., 1993, reimpresión 1997).

³⁴⁸ Con José Ramón Cossío, México, Fondo de Cultura Económica, 3a. reimpr., 2003 (1a. ed., 1996).

³⁴⁹ Con Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 1996.

³⁵⁰ 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

³⁵¹ México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal, 1995.

³⁵² Con José Ovalle Favela, México, UNAM, 1991 (2a. ed., 1993).

XIII. EPÍLOGO

El derecho procesal constitucional comprende dos realidades. Por un lado su análisis histórico-social y por otro su estudio científico.

El primero se refiere a los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como en general las distintas jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos procesales en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las “fuentes históricas” de la disciplina sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas.

En cambio, el origen científico del derecho procesal constitucional se ubica entre los años de 1928 y 1956. En este periodo se advierten cuatro etapas concatenando las contribuciones de insignes juristas, hasta llegar a su conformación científica:

1. *Precursora (1928-1942)*

Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo también el fundador de la escuela de Viena realiza uno de los primeros estudios de corte comparativo entre los sistema de control austriaco y americano (1942).

2. *Descubrimiento procesal (1944-1947)*

El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación.

3. *Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)*

Eta en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-1948) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955).

4. *Definición conceptual y sistemática (1955-1956)*

El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza Fix-Zamudio en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Esta verdadera “joya” de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico. En otras palabras, constituye el primer ensayo cuyo objeto de análisis es la “disciplina científica” como tal y no algunos aspectos aislados de su contenido.

La postura teórica de Fix-Zamudio tardó en darse a conocer. Probablemente debido a que su inicial trabajo de 1955, que constituye su tesis de licenciatura, apareció en publicaciones dispersas en 1956 siendo hasta 1964 cuando se publica íntegra junto con otros estudios en su libro *El juicio de amparo*. En los siguientes años los rumbos en el análisis científico de la jurisdicción y procesos constitucionales se encaminaron bajo la ciencia constitucional, no obstante que en Italia los procesalistas iniciaron su estudio dogmático a partir de la Constitución de 1947 hasta los primeros años de funcionamiento de la *Corte Costituzionale*.³⁵³ ¿Por qué

³⁵³ Especialmente por los procesalistas en materia civil. Así lo advertía Alcalá-Zamora y Castillo. *Cfr.* “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, en varios autores, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en p. 278.

razón los procesalistas se apartaron de su estudio? Es una respuesta que debería ser analizada con detenimiento y materia de un diverso ensayo.

Esta tendencia se ha mantenido en el viejo continente. Salvo excepciones, pareciera que el estudio sistemático de los procesos, jurisdicción y órganos de naturaleza constitucionales se encuentra (auto) vedada para los procesalistas, debido a su anclaje como parcela del derecho constitucional. Si bien existe una tendencia para estudiar algún proceso constitucional en particular o uno de sus componentes, siguen resultando escasos los estudios integrales del derecho procesal constitucional como corriente del procesalismo científico contemporáneo. En Europa ha predominado la visión constitucionalista bajo la denominación “justicia constitucional”. Sin embargo, se ha utilizado también la expresión “derecho procesal constitucional” aunque con muy diversos significados y algunas veces como sinónimo de aquélla, siendo pocos los casos que le dan la significación dentro de la corriente procesal, como ha sucedido en España, con procesalistas como Jesús González Pérez, José Almagro Nosete, Víctor Fairén Guillén y María del Calvo Sánchez. En otros países se le dan connotaciones diversas a la expresión, como en Alemania: Michael Sachs, Christian Hillgruber, Christoph Goos, C. F. Müller, Roland Fleury, Ernet Benda, Hubertus Gerdsdorf y Christian Pestalozza; en Italia: Gustavo Zagrebelsky, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Marilisa D’Amico y Antonio Spadaro; o bien en Portugal: Jose Joaquim Gomes Canotilho, Guilherme da Fonseca, Inês Domingos y Jorge Miranda.³⁵⁴

En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación. Curiosamente por dos constitucionalistas: Domingo García Belaunde y Néstor Pedro Sagüés. El primero en el Perú, al advertir la existencia de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el *habeas corpus* en su país (1971),³⁵⁵ y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del amparo (1979).³⁵⁶ En las décadas de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando

³⁵⁴ Véase *supra*, la bibliografía citada en el epígrafe IV: “Hacia la consolidación de una nueva disciplina autónoma”.

³⁵⁵ *El habeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1971, p. 21.

³⁵⁶ *Ley de Amparo: comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 64.

implícita o directamente la postura inicial de Fix-Zamudio de 1955-1956, sobre su autonomía procesal. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

Domingo García Belaunde si bien discrepa en cuanto al contenido que en los años sucesivos le ha otorgado Fix-Zamudio relativo a la distinción con otra rama limítrofe que denomina “derecho constitucional procesal”, lo cierto es que acepta sin ambages y defiende con argumentos sólidos y propios la postura esencial del jurista mexicano: la naturaleza procesal de la disciplina.³⁵⁷ Por su parte, Néstor Pedro Sagüés también acoge la vertiente procesal del derecho constitucional y acepta a su vez la confluencia del “derecho constitucional procesal” como materia de la ciencia constitucional, si bien advierte “mutaciones y zonas comunes” que conllevan la posibilidad del análisis “mixto” de los institutos.³⁵⁸

Estos forjadores de segunda generación se han convertido en genuinos embajadores del derecho procesal constitucional a lo largo y ancho de Latinoamérica. Han formado “escuela” en sus respectivos países y en general en nuestro continente. Esto ha llevado incluso a la formación de institutos o asociaciones científicas como el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, cuyo presidente es Sagüés y uno de sus vicepresidentes García Belaunde.

Por supuesto que al lado de ellos han destacado importantes juristas latinoamericanos que aceptan la corriente científica del derecho procesal constitucional con diversos matices y contenidos, con importante obra escrita como Osvaldo Alfredo Gozaíni (Argentina), Humberto Nogueira Alcalá (Chile) y Rubén Hernández Valle (Costa Rica). Asimismo, debe también destacarse los siguientes autores:

Argentina: Víctor Bazán, Enrique A. Carelli, Juan Carlos Hitters, Fernando M. Machado, Pablo Luis Manili, Mario Masciottra, Adolfo Rivas, Sofía Sagüés y María Mercedes Serra.

³⁵⁷ Cfr., entre otros, “El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004; así como su libro *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, *passim*.

³⁵⁸ Cfr. el t. I de su obra *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, *cit.*, nota 175, pp. 3-6.

Bolivia: Jorge Asbun, René Baldivieso, José Decker y José Antonio Rivera Santivañez.

Brasil: Marcelo Cantonni de Oliveira, Paulo Roberto de Gouveia Medina, Paulo Hamilton Siqueira Junior, José Alfredo de Oliveira Baracho, Marcus Oriane Gonçalves Correia, Gustavo Rabay Guerra, Roberto Rosas y Willis Santiago Guerra Filho.

Chile: Andrés Bordalí Salamanca, Juan Colombo Campbell, Alfonso Perramont y Francisco Zúñiga.

Colombia: Anita Giacomette Ferrer, Javier Henao Hidrón y Ernesto Rey Cantor.

México: Gumesindo García Morelos, Raymundo Gil Rendón, Manlio F. Casarín y César Astudillo.

Nicaragua: Iván Escobar Fornos.

Panamá: Boris Barrios, Rigoberto González Montenegro y Sebastián Rodríguez Robles.

Perú: Samuel B. Abad, Edgar Carpio, Susana Castañeda, Luis Castillo Córdova, Francisco J. Eguiguren, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, César Landa, José Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Luis R. Sáenz Dávalos.

Esto último sólo por mencionar los que tienen obra escrita, enseñan la disciplina y que decididamente han contribuido significativamente a su consolidación.³⁵⁹

Hace más de medio siglo Héctor Fix-Zamudio advertía el amanecer de una nueva disciplina procesal, que prometía un florecimiento inusitado por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguarda de las Constituciones democráticas. Hoy el *investigador emérito* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM tiene la satisfacción de haber contribuido en su formación y contemplar a medio día los rayos luminosos de ese sol esplendoroso de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

³⁵⁹ Véase la bibliografía citada en el epígrafe IV: “Hacia la consolidación de una disciplina autónoma”.