



En 2006 se cumplieron las *Bodas de Oro* (1956-2006) en la producción científica de Héctor Fix-Zamudio, figura emblemática del derecho público de nuestro tiempo. Para conmemorar este acontecimiento se convocó a juristas de todo el mundo.

El resultado es el que el lector tiene en sus manos. La participación de más de cuatrocientos juristas de treinta y siete nacionalidades, en la que se unen académicos, profesores, jueces, servidores públicos, discípulos y condiscípulos de varias generaciones, permite un enfoque plural y amplio de la materia central del presente homenaje: *La ciencia del derecho procesal constitucional*.

La obra se divide, para su estudio, en doce tomos temáticos: I. Teoría general del derecho procesal constitucional; II. Tribunales constitucionales y democracia; III. Jurisdicción y control constitucional; IV. Derechos fundamentales y tutela constitucional; V. Juez y sentencia constitucional; VI. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral; VII. Procesos constitucionales de la libertad; VIII. Procesos constitucionales orgánicos; IX. Derechos humanos y tribunales internacionales; X. Tutela judicial y derecho procesal; XI. Justicia, federalismo y derecho constitucional, y XII. Ministerio Público, contencioso administrativo y actualidad jurídica.



LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Estudios en homenaje
a **Héctor Fix-Zamudio**
en sus cincuenta años
como investigador del derecho

Eduardo FERRER MAC-GREGOR | Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA
Coordinadores

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL



Marcial
Pons

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio
en sus cincuenta años como investigador del derecho

TOMO I

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO
PROCESAL CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 436

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos

Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Edición y formación en computadora: Karla Beatriz Templos Núñez

Diseño de portada: Laura Ivonne Sánchez Zúñiga



**Director del Instituto de Derecho Comparado
hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México
(1966-1978)**

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio
en sus cincuenta años como investigador del derecho*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA
Coordinadores

TOMO I TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
MARCIAL PONS

MÉXICO, 2008

Primera edición: 2008

DR © 2008. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-5375-3 (obra completa)

ISBN 978-970-32-5376-0 (tomo I)

CONTENIDO

| | |
|--|--------|
| Prólogo. Héctor Fix-Zamudio y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM | XV |
| Héctor FIX-FIERRO | |
| Prefacio | XXVII |
| Eduardo FERRER MAC-GREGOR | |
| Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA | |
| Semblanza del maestro Héctor Fix-Zamudio | XXXVII |
| Eduardo FERRER MAC-GREGOR | |
| <i>Curriculum vitae</i> del doctor Héctor Fix-Zamudio | XLIII |

EPISTOLARIO

| | |
|---|----|
| Jorge Adame Goddard (<i>México</i>) | 3 |
| Eliseo Aja (<i>España</i>) | 6 |
| Miguel de Jesús Alvarado Esquivel (<i>México</i>) | 8 |
| Pedro Aragoneses Alonso (<i>España</i>) | 12 |
| Gonzalo M. Armienta Calderón (<i>México</i>) | 16 |
| Carlos Ayala Corao (<i>Venezuela</i>) | 19 |
| René Baldivieso Guzmán (<i>Bolivia</i>) | 22 |

| | |
|--|----|
| Manuel Barquín A. (<i>México</i>) | 24 |
| Manuel Becerra Ramírez (<i>México</i>) | 33 |
| Roberto Omar Berizonce (<i>Argentina</i>) | 36 |
| Beatriz Bernal Gómez (<i>Cuba</i>) | 38 |
| Joaquín Brage Camazano (<i>España</i>) | 39 |
| Paulo Cardinal (<i>Macau</i>) | 43 |
| Jorge Ulises Carmona Tinoco (<i>México</i>) | 45 |
| Federico Carpi (<i>Italia</i>) | 47 |
| Jorge Carpizo (<i>México</i>) | 49 |
| Milton Emilio Castellanos Goût (<i>México</i>) | 54 |
| Germán Cisneros Farías (<i>México</i>) | 56 |
| Juan Colombo Campbell (<i>Chile</i>) | 58 |
| Krystian Complak (<i>Polonia</i>) | 60 |
| Edgar Corzo Sosa (<i>México</i>) | 64 |
| José de Jesús Covarrubias Dueñas (<i>México</i>) Eduardo García de Enterría (<i>España</i>) | 70 |
| José Hugo Augusto Díaz-Estúa Avelino (<i>México</i>) | 73 |
| Ma. Macarita Elizondo Gasperín (<i>México</i>) José Alfredo García Solís (<i>México</i>) | 75 |
| Iván Escobar Fornos (<i>Nicaragua</i>) | 77 |
| Gerardo Eto Cruz (<i>Perú</i>) | 79 |

| | |
|---|-----|
| Eduardo Ferrer Mac-Gregor (<i>México</i>) | 83 |
| José Fernando Franco González Salas (<i>México</i>) | 85 |
| Flavio Galván Rivera (<i>México</i>) | 87 |
| José Gamas Torruco (<i>México</i>) | 90 |
| Máximo N. Gámiz Parral (<i>México</i>) | 94 |
| Domingo García Belaunde (<i>Perú</i>) | 97 |
| Sergio García Ramírez (<i>México</i>) | 102 |
| Paula María García-Villegas Sánchez-Cordero (<i>México</i>) | 104 |
| Alonso Gómez Robledo (<i>México</i>) | 107 |
| Juan Luis González Alcántara y Carrancá (<i>México</i>) | 110 |
| Carlos González Blanco (<i>México</i>) | 114 |
| Héctor González Chévez (<i>México</i>) | 116 |
| Jorge Alberto González Galván (<i>México</i>) | 118 |
| Raúl González Schmal (<i>México</i>) | 120 |
| Héctor Gros Espiell (<i>Uruguay</i>) | 122 |
| Peter Häberle (<i>Alemania</i>) | 125 |
| Ricardo Haro (<i>Argentina</i>) | 128 |
| Arturo Hoyos (<i>Panamá</i>) | 131 |
| Tony Jolowicz (<i>Inglaterra</i>) | 133 |
| Patricia Kurczyn Villalobos (<i>México</i>) | 135 |

| | |
|--|-----|
| Margarita Beatriz Luna Ramos (<i>México</i>) | 137 |
| Rafael Márquez Piñero (<i>España</i>) | 140 |
| Fabiola Martínez Ramírez (<i>México</i>) | 141 |
| Gonzalo Moctezuma Barragán (<i>México</i>) | 143 |
| Carlos A. Morales-Paulín (<i>México</i>) | 145 |
| José Ramón Narváez (<i>México</i>) | 147 |
| César Nava Escudero (<i>México</i>) | 149 |
| Salvador Olimpo Nava Gomar (<i>México</i>) | 152 |
| José F. Palomino Manchego (<i>Perú</i>) | 154 |
| Carlos Parodi Remón (<i>Perú</i>) | 156 |
| Carlos Pérez Vázquez (<i>México</i>) | 157 |
| Karla I. Quintana Osuna (<i>México</i>) | 159 |
| Carlos Restrepo Piedrahita (<i>Colombia</i>) | 162 |
| Adolfo A. Rivas (<i>Argentina</i>) | 163 |
| Fdo. Francisco Rubio Llorente (<i>España</i>) | 167 |
| Alberto Saíd (<i>México</i>) | 170 |
| Ricardo J. Sepúlveda I. (<i>México</i>) | 172 |
| Luis Fernando Solano Carrera (<i>Costa Rica</i>) | 174 |
| Marcel Storme (<i>Bélgica</i>) | 176 |
| Evangelina Suárez Estrada (<i>México</i>) | 181 |

| | |
|--|-----|
| Karla Beatriz Templos Núñez (<i>México</i>) | 183 |
| José Juan Trejo Orduña (<i>México</i>) | 185 |
| Jean Claude Tron Petit (<i>México</i>) | 188 |
| José Luis Vázquez Sotelo (<i>España</i>) | 190 |
| Juan Vega Gómez (<i>México</i>) | 193 |
| Pedro de Vega (<i>España</i>) | 197 |
| Manuel E. Ventura Robles (<i>Costa Rica</i>) | 203 |
| Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (<i>México</i>) | 205 |

CAPÍTULO I

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL

| | |
|---|-----|
| Procesos y procedimientos constitucionales | 209 |
| Gonzalo M. ARMIENTA CALDERÓN | |
| Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional | 247 |
| César ASTUDILLO | |
| Calamandrei y la Constitución democrática | 303 |
| Michelangelo BOVERO | |
| Enfoques conceptuales y caracterización del derecho procesal constitucional a principios del siglo XXI | 317 |
| Juan COLOMBO CAMPBELL | |
| Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal | 361 |
| Ivo DANTAS | |

| | |
|--|-----|
| Fundamentos del derecho procesal constitucional | 407 |
| Iván ESCOBAR FORNOS | |
| El derecho procesal constitucional (Teoría general, nacimiento y desarrollo de la disciplina, contenido, autonomía científica) . . | 439 |
| Enrique FALCÓN | |
| Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional | 459 |
| José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ | |
| La inactividad en el derecho procesal constitucional | 483 |
| Jorge FERNÁNDEZ RUIZ | |
| Democrazia costituzionale e diritti fondamentali | 505 |
| Luigi FERRAJOLI | |
| Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956) | 529 |
| Eduardo FERRER MAC-GREGOR | |
| El derecho procesal constitucional en expansión (crónica de un crecimiento) | 659 |
| Domingo GARCÍA BELAUNDE | |
| Justicia constitucional: la invasión del ámbito político | 687 |
| Marina GASCÓN ABELLÁN | |
| Las sombras de la jurisdicción constitucional | 711 |
| Jesús GONZÁLEZ PÉREZ | |
| El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos | 727 |
| Osvaldo Alfredo GOZAÍNI | |
| La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta | 763 |
| Peter HÄBERLE | |

| | |
|--|-----|
| El control judicial de las leyes en el Reino Unido | 785 |
| John Anthony JOLOWICZ | |
| Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución | 805 |
| Luis PRIETO SANCHÍS | |
| Justiça constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de carácter jurisdiccional | 825 |
| André RAMOS TAVARES | |
| Una relectura del <i>Dr. Bonham’ Case</i> y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la <i>judicial review</i> | 847 |
| Fernando REY MARTÍNEZ | |
| Un número paradigmático de la <i>Revista de la Facultad de Derecho</i> en materia procesal constitucional | 867 |
| Alberto SAÍD | |
| Jurisdicción constitucional y política | 881 |
| Fernando SERRANO MIGALLÓN | |
| <i>Judicial Review</i> global | 889 |
| Martin SHAPIRO | |
| Constitutional Justice: an Effective Guarantee of Constitutionalism (Lithuanian Experience) | 901 |
| S. STAČIOKAS | |
| Hans Kelsen: un jurista demócrata ante la crisis de la Constitución | 921 |
| Javier TAJADURA TEJADA | |
| Sumario general | 961 |

La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo I. *Teoría general del derecho procesal constitucional*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 18 de agosto de 2008 en Formación Gráfica, S. A. de C. V., Matamoros 112, col. Raúl Romero, 57630 Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México. Se utilizó tipo *Times New Roman* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se usó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

PRÓLOGO

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM*

Apenas hay palabras para expresar el orgullo que significa para mí —como hijo, como discípulo, como jurista mexicano, y como sucesor del homenajeado en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM— escribir unas palabras de presentación para esta obra que debe considerarse excepcional por muchos motivos, lo que el lector descubrirá fácilmente. Tampoco las hay para describir la gran dificultad que significa este empeño, que fácilmente puede fracasar en mi caso, por exceso o por defecto, en la ponderación de los méritos académicos y personales de Héctor Fix-Zamudio y de todo lo que le debe nuestro Instituto. Ésa es una tarea que otros habrán de realizar con mejor fortuna. Por ello, deseo intentar una reflexión distinta, que estoy seguro que él mismo aprobaría, pues siempre ha insistido en que sus méritos son compartidos. Me pregunto entonces lo siguiente: ¿cuáles son los factores “estructurales” y “culturales”, y no solamente personales o circunstanciales, que ayudan a explicar por qué Héctor Fix-Zamudio representa mejor que nadie los valores académicos y éticos que cultiva el Instituto de Investigaciones Jurídicas? Y ¿por qué su figura y el Instituto han llegado a tener la influencia y el prestigio del que gozan actualmente en el mundo jurídico-político de México e Iberoamérica, principalmente?

En un interesante y provocador ensayo sobre la profesión jurídica mexicana y lo que llaman sus “estrategias internacionales”, dos sociólogos del derecho, Yves Dezalay y Bryant Garth, identifican al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ) como una institución forma-

* Agradezco los benevolentes y útiles comentarios de Jacqueline Martínez, Sergio López-Ayllón y Juan Vega.

da por académicos que, por carecer de capital político y social, decidieron invertir en el “derecho puro”, es decir, en la revaloración del derecho como elemento autónomo del Estado, a partir de una concepción más técnica, abierta e internacional de los estudios jurídicos.¹ Dezalay y Garth señalan que Héctor Fix-Zamudio es la “figura clave” en el Instituto, y dicen de él lo siguiente:

Durante su periodo como director, el IIJ pasó de ser un pequeño centro a la sombra de la Facultad de Derecho de la UNAM a convertirse en una institución académica independiente y con más prestigio... Fix-Zamudio no provenía de una familia rica o bien relacionada; en cambio, decidió invertir plenamente en las ideas de la investigación jurídica de tiempo completo, la selección meritocrática y la apertura hacia los enfoques del exterior. Todavía activo en el IIJ, Fix-Zamudio mismo dio el tono y guió con el ejemplo, logrando considerable reconocimiento por su obra académica, especialmente en el campo del amparo.²

Más adelante, Dezalay y Garth señalan que varios miembros del IIJ, pertenecientes a una nueva generación, se incorporaron al gobierno en distintos momentos:

...el Instituto de Investigaciones Jurídicas había utilizado su producción académica para incrementar su prestigio relativo, y su estatus de elite contribuyó a atraer a algunos de los más talentosos y ambiciosos estudiantes de derecho, e incluso a algunos de los mejor relacionados... Sin embargo, en contraste con Héctor Fix-Zamudio, una nueva generación se ha aprovechado de los fenómenos internacionales y sus inversiones en el derecho para desarrollar una nueva política del derecho dentro de la elite gobernante del Estado.³

Con independencia de que se comparta o no la visión que tienen Dezalay y Garth de las “estrategias” de los académicos del Instituto para in-

¹ Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006, pp. 206 y ss. (la versión original de este ensayo se publicó en 1995 como documento de trabajo de la *American Bar Foundation*).

² *Ibidem*, p. 207.

³ *Ibidem*, p. 228.

fluir en la política del derecho, subsiste el hecho de que muchos de sus miembros, antiguos y actuales, han participado en la construcción y la reforma de algunas de las más importantes instituciones jurídicas del Estado mexicano a partir de la década de los ochenta. Resulta evidente que este hecho no se puede explicar únicamente por los méritos personales de los participantes, así como tampoco por las relaciones personales o políticas que hayan tenido con el grupo gobernante respectivo. Sin embargo, Dezalay y Garth sí apuntan a la interrelación de algunos de los factores explicativos, y sobre ellos conviene hacer una reflexión más amplia.

Dezalay y Garth sitúan en la gestión de Héctor Fix-Zamudio como director del IIJ (1966-1978) el inicio de la profesionalización de la investigación jurídica. En efecto, hasta mediados de la década de los sesenta no existía en nuestro país una carrera académica institucionalizada en el campo del derecho. Había muy pocos profesores de tiempo completo en las escuelas y facultades de derecho, por lo que los autores de los libros y manuales jurídicos más conocidos o prestigiados eran casi siempre profesores que tenían despacho propio o laboraban en alguna institución del sector público. Por tanto, no existía propiamente una carrera académica con dedicación exclusiva, porque la inversión que requería el “derecho puro” era de muy largo plazo y muy incierta, mucho más que ahora, en que las condiciones que la hacen posible han mejorado notablemente.

Varios factores institucionales y circunstanciales contribuyeron a la *profesionalización de la investigación jurídica* en el IIJ. En primer lugar, la autonomía del IIJ respecto de la Facultad de Derecho, que se reconoció en 1948, fue un elemento crucial. Hasta el día de hoy la investigación jurídica no ha logrado institucionalizarse ni profesionalizarse plenamente en nuestro país. En las escuelas de derecho, tanto públicas como privadas, la investigación es escasa, ya sea porque en general no se considera una actividad “rentable” y útil, o bien, porque los profesores de tiempo completo (los “profesores-investigadores”) son absorbidos casi totalmente por las actividades docentes.

En segundo lugar, durante el rectorado del doctor Ignacio Chávez (1961-1966) se inició en la Universidad Nacional un programa de formación del personal académico, programa que continuó bajo el rectorado del ingeniero Javier Barrios Sierra (1966-1970). Este programa permitió

el ingreso al IJJ de varios jóvenes becarios, muchos de los cuales realizaron posteriormente estudios de posgrado en el extranjero. Para todos ellos, Héctor Fix-Zamudio es, y sigue siendo, “El Maestro Fix”, con independencia de que hayan sido sus discípulos directos. A la distancia, resulta claro que esos jóvenes investigadores no conformaron simplemente un grupo de edades próximas, sino una verdadera *generación* —la primera generación como tal del Instituto— que compartía, y en mucho comparte todavía, una misma idea de la investigación y de las tareas de la política jurídica, en gran medida bajo el ejemplo y guía del Maestro Fix.⁴ Y si bien muchos de ellos desempeñaron importantes funciones públicas en las décadas siguientes, varios han regresado a la vida académica en el IJJ. No hay duda de que debemos al Maestro Fix y a esa generación la creación del fuerte sentido de comunidad y pertenencia que caracteriza al Instituto y que comparten las nuevas generaciones, a pesar del considerable crecimiento de la planta académica en estos años.⁵

En tercer lugar, una clave del éxito del Instituto radica en la *continuidad*. En un país donde la vida de las instituciones es todavía bastante precaria, en parte porque existe escasa continuidad en los programas y las políticas institucionales, el Instituto destaca por haber mantenido una

⁴ En una perspectiva sociológica, el concepto de “generación” tiene varios significados. Uno de ellos, que se remonta a Wilhelm Dilthey y Karl Mannheim, designa a un grupo que comparte una “posición” socio-histórica similar, lo que trae consigo una cierta identidad del pensamiento, la acción y el sentimiento. Así, las generaciones, o grupos dentro de ellas, pueden conformar en cierto modo actores colectivos en el acontecer sociohistórico. Véase Majce, Gerhard, voz “Generation” en Endruweit, Günter y Gisela Trommmsdorff (eds.), *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, Enke-dtv, 1989, vol. 1, pp. 233 y 234. En el caso de esta primera generación del IJJ que nos ocupa, quedaría por explorar si sus integrantes pretendían lograr objetivos de cambio jurídico-institucional, y las razones por las que pensaban que podrían lograrlo a través de la labor académica.

⁵ Así lo revela una encuesta realizada en febrero de 2007 entre los investigadores del Instituto. A la pregunta “¿Qué tanto se siente usted parte de la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas?”, 79.9% contestó que “mucho” y 16.3% que “algo”. Curiosamente, fue más elevado el porcentaje de quienes dijeron sentirse “parte de la UNAM” (95.1%), pero eso quizá pueda explicarse por el hecho de que es más fácil identificarse con un ente abstracto, y sobre todo, porque la pregunta no se refería a la “comunidad” de la Universidad.

Respecto al crecimiento de la planta académica, en 1966 había solamente cuatro investigadores de tiempo completo. En 1980 ya eran 26; en 2000, el número se había elevado a 71, y en la actualidad son más de 90. Véase *XL aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1980 e *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, México, UNAM, 2000.

misma orientación general de su quehacer. La continuidad no se refleja exclusiva, ni siquiera primordialmente, en el crecimiento constante de la planta académica, del número de eventos académicos y de títulos publicados. Sin duda esto ha ocurrido y de manera muy notable,⁶ pero ello se debe, en parte al menos, a los procesos naturales de crecimiento de la sociedad y, por tanto, de los recursos dedicados a la educación superior. El valor más profundo de la continuidad radica sobre todo en la posibilidad de realizar proyectos de largo aliento, así como en la de innovar y construir sobre la base de lo existente.⁷

La continuidad y el creciente prestigio de una carrera en la investigación jurídica han sido, en cuarto término, un elemento que favorece la renovación generacional. Después de esa primera generación, entre mediados de la década de los ochenta y mediados de los noventa ingresó en el Instituto una nueva generación, y en estos momentos está incorporándose otra más. Cada una de estas generaciones se ha caracterizado por una formación cada vez más sólida y amplia, con estudios en distintos países del extranjero (España, Italia, Francia, Alemania, principalmente), lo que ha permitido la considerable ampliación de las redes y los contactos académicos del Instituto, dentro y fuera del país.⁸

⁶ Véanse los informes anuales de labores del director del IJ, publicados a partir de 1980 en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (consultables en www.bibliojuridica.org).

⁷ Menciono como ejemplos de tales proyectos, entre otros, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* (1985, con 19 ediciones hasta 2006), el *Diccionario Jurídico Mexicano* (1982, dos ediciones y numerosas reimpresiones), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (2002) y la *Latinoamericana* (2006), y los *Derechos del pueblo mexicano* (obra patrocinada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, también con varias ediciones).

⁸ Esta actividad de expansión se ha manifestado, sobre todo, en la celebración de numerosos convenios de colaboración con instituciones nacionales y extranjeras, mediante los cuales se acuerdan diversas formas de cooperación académica, como la realización de congresos y otros eventos, la publicación de revistas y libros en coedición, la elaboración de estudios y análisis jurídicos, la impartición de diplomados y cursos de maestría y doctorado, etcétera.

En relación con lo anterior, resulta indispensable mencionar que la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en México en 1975, así como el hecho de que la presidencia la han ocupado dos juristas mexicanos —Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo— y de que su sede se encuentra en el propio IJ, ha resultado crucial para cimentar el prestigio académico del IJ en el continente americano y en Europa occidental.

Hemos dicho que Dezalay y Garth insisten en la importancia de que en el Instituto se haya cultivado lo que ellos llaman el “derecho puro”, o “autónomo”, a partir de una visión más abierta e internacional de los estudios jurídicos. En realidad, ésta ha sido la vocación explícita del Instituto —que nació en 1940 con el nombre de Instituto de Derecho Comparado de México—, pues sus fundadores pretendían contribuir al perfeccionamiento del orden jurídico nacional a través del método comparativo. Esta visión, que puede parecer evidente en la actualidad, no lo era de ningún modo entonces en aquel tiempo, no sólo por las considerables dificultades de acceso al derecho extranjero, sino porque en el medio jurídico mexicano se iba introduciendo un creciente nacionalismo —reflejo del clima nacionalista imperante en el país— que propiciaba su aislamiento frente al exterior. Quizá no sea casualidad que haya sido un distinguido profesor español, don Felipe Sánchez Román, a quien se debe la iniciativa directa de fundar el Instituto, pero las autoridades de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia sabían de la importancia que tenía contar con un instituto de estudios jurídicos de esta naturaleza y, sobre todo, estaban conscientes del avance del “nacionalismo jurídico” y sus peligros. En su discurso con motivo de la inauguración del Instituto el 7 de mayo de 1940, don Manuel Gual Vidal, director de la Escuela, señaló que la fundación del Instituto estaba referida “a la situación de México en el continente, a nuestras relaciones de espíritu, de idioma y de tradiciones jurídicas, y por otra parte, al hecho, también comprobado y doloroso, de que México se haya venido apartando cada vez más de las corrientes de ese derecho”.⁹ Y continuó diciendo:

México, sin concurrir a los congresos que en Sudamérica se han celebrado; México, sin hacer estudios de derecho comparado, como no sea por el esfuerzo individual y personal de algunos estudiosos de la materia; México, que a pesar de tener el mérito de ser cabeza en este movimiento, ha abandonado hoy el movimiento mismo. Y lo encontramos totalmente aislado, sin conocer la legislación de otros países con los que nos liga la tradición jurídica, desorientado por las diversas influencias que han sufrido esos países. Es, pues, propósito definido y concreto del Instituto de Derecho Comparado de México, hacer una revisión de esos problemas, estudiar

⁹ Véase “Discurso del Lic. Manuel Gual Vidal, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en la inauguración del Instituto de Derecho Comparado de México el 7 de mayo de 1940”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965)*, México, UNAM, 1965, p. 140.

el derecho de otros países, pero especialmente del continente americano, con la tendencia, nada más la tendencia... de llegar a la unificación, en cada una de sus materias, del derecho americano.¹⁰

Puede decirse que, entre los investigadores del Instituto, fue Héctor Fix-Zamudio quien mejor recibió, de manos de su maestro más cercano y querido, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), y quien más profundizó, desde sus primeros trabajos, esta herencia fundacional, misma que muy pronto lo puso en contradicción con los juristas que rechazaban las “teorías jurídicas extranjerizantes” que se cultivaban en el Instituto. Entre ellos destaca don Ignacio Burgoa Orihuela, quien era un reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y autor de un prestigioso manual sobre el juicio de amparo mexicano.¹¹ No se trataba de una mera diferencia de criterio jurídico, de la dilucidación de teorías jurídicas “correctas” o “falsas”, sino de una visión particular sobre el derecho y los estudios jurídicos mismos, y quizá en ello haya influido la mayor o menor distancia de los participantes frente al *establishment* jurídico-gubernamental de entonces. En todo caso, los comparatistas del Instituto no creían estar haciendo nada extraordinario, pues simplemente consideraban que había que tomar en cuenta los avances generales de la ciencia jurídica para entender mejor el derecho nacional. Después de todo, los creadores de las instituciones jurídicas nacionales más importantes habían sido juristas profundamente interesados en las experiencias de otras latitudes, y ellos mismos estaban conscientes de estar adaptando lo que creían mejor de esas experiencias para la solución de los problemas nacionales. Se entiende, por ello, que los representantes del nacionalismo jurídico hayan percibido como muy incómoda una actitud intelectual que, por ser meramente académica y no ideológica, constituía una crítica demoleadora de los mitos y prejuicios que sostenían.

¹⁰ *Idem*. El licenciado Gual Vidal insistió en su discurso en que la fundación del Instituto pretendía contribuir también a la unificación del derecho nacional, igualmente a través de los estudios comparados.

¹¹ La reacción del profesor Burgoa, expresada, sin decir nombres, en el prólogo a su obra más conocida, resulta tanto más explicable, por cuanto Héctor Fix-Zamudio proponía —desde su tesis de licenciatura (1955), intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, y recogida más tarde en su libro *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964— utilizar los conceptos de la teoría general del proceso —elaborada principalmente por juristas alemanes, italianos y españoles— para abordar la más nacional de las instituciones jurídicas mexicanas.

Irónicamente, ha sido esa herencia “extranjerizante” la que ha contribuido, con el tiempo, a hacer de Héctor Fix-Zamudio el estudioso de las instituciones jurídicas mexicanas, como el juicio de amparo, más conocido en el extranjero, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, un participante relevante en los procesos de reforma jurídica nacional. Fue en el Instituto donde se empezaron a estudiar, y de manera principal por el propio Maestro Fix, algunas de las instituciones que estaban teniendo gran desarrollo en el extranjero durante la segunda posguerra, como el *ombudsman*, el consejo de la judicatura, y los tribunales constitucionales,¹² las que más tarde se incorporarían en el derecho mexicano cuando se advirtió que resultaban imprescindibles para la renovación de la vida pública del país.

Todos los elementos anteriores, como ya se dijo, no son suficientes para entender por qué varios miembros del Instituto tuvieron un destacado papel en la preparación y elaboración de algunas de las reformas más importantes de las décadas de los ochenta y noventa. Además de las capacidades individuales y las relaciones personales que pudieron haber influido, se requiere un contexto social y político que explique la necesidad del cambio jurídico e institucional. En efecto, a partir de 1982 y con más fuerza en la década de los noventa, se produce una profunda transformación de las normas e instituciones del derecho mexicano, como consecuencia de la necesidad de encauzar, acompañar y consolidar jurídicamente la liberalización y la apertura de la economía mexicana, así como el proceso de democratización política.¹³ Pero no se trataba de dar simplemente “forma jurídica” a los cambios políticos y económicos, sino que en este proceso el derecho empezó a asumir nuevas funciones de regulación y legitimación, hasta el punto en que puede hablarse del surgimiento de un nuevo modelo o paradigma de derecho, y de una verdadera

¹² En todos estos temas tiene Héctor Fix-Zamudio importantes obras precursoras en la doctrina mexicana, que se remontan a la década de los sesenta.

¹³ De la amplia bibliografía que existe sobre los cambios jurídicos de estos años véase, desde una perspectiva más sociojurídica, López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico mexicano. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997; López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor “«¡Tan cerca, tan lejos!» Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, pp. 503-603. Véase también Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

“transición jurídica”, para calificar al proceso que le da origen y al contexto en el que se desarrolla.¹⁴

Cabe preguntarse ahora si la intervención de Héctor Fix-Zamudio y de otros miembros del Instituto en el proceso de cambio jurídico han tenido alguna orientación en particular, o si carece de un claro hilo conductor. Considérese, en este sentido, que los integrantes del Instituto participaron en la creación, reforma o desarrollo, entre otras, de las siguientes instituciones: la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM (1985); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990); el Tribunal Federal Electoral (1990, ahora Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación); el Tribunal Superior Agrario (1992); la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1987 y 1994) y el Consejo de la Judicatura Federal (1994); el Instituto Federal Electoral (1990); el Instituto Federal de Acceso a la Información (2002); el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2004). Además, varios miembros (o ex miembros) del Instituto han intervenido en otros importantes proyectos de reformas constitucionales y legales (incluyendo los más recientes), tanto federales como de algunas entidades federativas, entre las que destacan varias en materia de procuración e impartición de justicia (como la introducción de los “juicios orales”).

La mayoría de las instituciones y reformas mencionadas tienen un elemento en común: los *derechos humanos* en un sentido amplio.¹⁵ Inde-

¹⁴ Sobre el concepto de transición en el campo del derecho, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, vol. VIII, núm. 2, segundo semestre de 2001, pp. 347-393, y “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Caballero Juárez, José Antonio y Serna de la Garza, José María (eds.), *Transición y Estado de derecho en México*, México, UNAM, 2002, pp. 95-137. Véanse también los demás ensayos reunidos en este último volumen, así como en González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (coords.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 1999.

¹⁵ En un sentido general, quizá habría que agregar aquí la *democracia*, pero se trata de un concepto menos unívoco, respecto del cual seguramente habría menos consenso entre los miembros del Instituto en cuanto a sus modalidades y alcances concretos. Por ello, me concentro en el eje de los derechos humanos, considerando que su defensa incluye la promoción de la democracia.

En cuanto a otros campos distintos de los derechos humanos, conviene mencionar que dos antiguos miembros del Instituto ejercieron importantes responsabilidades como asesores jurídicos en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, los Estados Unidos y Canadá (1991-1993), pero en general el IJ ha te-

pendientemente de la necesidad “objetiva” de estudiar y promover estos derechos en el mundo contemporáneo, ante la naturaleza del régimen político entonces imperante, pero también debido a los ancestrales rezagos del país en la materia, en la elección de los derechos humanos, como instrumento de la política jurídica, radica una decisión estratégica (consciente o no) de gran fuerza y legitimidad, no sólo porque ese discurso es capaz de desarmar preventivamente cualquier resistencia política directa (¿quién puede estar abiertamente en contra de los derechos humanos?), sino también porque se trata de figuras que naturalmente están insertas en un contexto más amplio que el del Estado-nación.¹⁶

Como ya se ha señalado, tanto desde la perspectiva de los derechos humanos como desde el punto de vista del proceso más amplio de transición jurídica en México, el derecho acrecienta su relevancia no sólo como instrumento de la regulación social (en particular de la económica), sino también como factor de la legitimidad política. Ante el desgaste de los viejos modelos políticos (el presidencialismo), el sistema jurídico parece ofrecer una nueva legitimidad, caracterizada por la despolitización y la racionalización de los conflictos, así como por la imparcialidad de sus decisiones. En términos weberianos, se trata de la legitimidad que genera la legalidad (aunque deba ser una legalidad no puramente formal). Esto permite entender por qué la justicia en general, y los jueces y tribunales en particular, asumen una nueva relevancia en el nuevo modelo de derecho.¹⁷

Lo anterior requiere todavía un elemento más de explicación. Puesto que la transición jurídica mexicana no se produjo mediante ruptura, hay necesidad de legitimar internamente al nuevo derecho, sobre todo ante los antiguos operadores jurídicos, que tienen que entenderlo y aplicarlo en un contexto social más exigente. Es por ello que se recurre a la doctrina, cuya función es la de explorar y vincular al orden jurídico positivo con modelos filosóficos y teóricos más amplios, pero también a las capa-

nido una orientación menos fuerte hacia los temas económicos y, en general, del derecho privado.

¹⁶ Esta es una de las razones por las que Dezalay y Garth hablan de “estrategias internacionales”.

¹⁷ Sobre la legitimidad que ofrece el derecho en un contexto de transición, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, cit., nota 14.

ciudades operativas de los juristas académicos, pues ellos no sólo se han apropiado de esos nuevos modelos, sino que ofrecen la ventaja —la legitimidad, en una palabra— de estar desvinculados de los intereses creados y las prácticas habituales del viejo sistema. Es en este contexto que se revela, en todas sus dimensiones, la importancia de la profesionalización y la institucionalización de la investigación jurídica que se ha logrado en el IJ. En su lenguaje, tomado fundamentalmente de la sociología de Pierre Bourdieu (1930-2002), Dezalay y Garth dirían que, en el marco de los imperativos económicos y políticos que impone la globalización, el capital académico se transforma en capital jurídico-político, el que otorga tanta mayor influencia a sus detentadores cuanto más deseado es por una elite que desespera por recuperar, a través del derecho, parte de la legitimidad perdida.

Quiero terminar estas líneas en un tono más personal, que sólo puede ser de gratitud hacia Héctor Fix-Zamudio. Lo que el Instituto, la ciencia jurídica mexicana y la vida institucional del país le deben, se refleja, aunque pálidamente, en los párrafos anteriores. Él ha sido ejemplo constante y guía certera para todos nosotros; ha sido, en suma, el ancla de las generaciones del Instituto. La lista particular de lo que yo debo agradecerle, en cambio, es mucho más larga, pero para ello me faltan, y me sobran nuevamente, las palabras. Porque en mi vida yo he cosechado mucho de lo que no he sembrado, le pido ahora, con emoción, que reciba este homenaje como parte de la cosecha de lo que ha sembrado durante más de cincuenta años, y que todos deseamos que sean muchos más.

Héctor FIX-FIERRO*

* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

PREFACIO

En el año de 1956 aparecen los primeros trabajos de Héctor Fix-Zamudio: “Derecho procesal constitucional”,¹ “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”,² “El proceso constitucional”,³ “Estructura procesal del amparo”⁴ y “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”.⁵ En octubre de ese mismo año ingresó al entonces Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) de la Universidad Nacional Autónoma de México.

A cincuenta años de distancia se advierte la trascendencia de aquellas primeras publicaciones que representan el inicio de una brillante carrera académica. Y es por ello que en el año de 2006 comentamos con el doctor Diego Valadés, en aquel momento director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la conveniencia de conmemorar las *bodas de oro* académicas del maestro Fix-Zamudio. El doctor Valadés no sólo acogió con beneplácito la idea sino que nos encomendó la delicada labor de la coordinación del proyecto, que luego respaldó con entusiasmo el actual director de ese Instituto, el doctor Héctor Fix-Fierro.

Se decidió que la obra homenaje tuviera como eje temático al *derecho procesal constitucional*, debido a que esa disciplina ha constituido una de sus preocupaciones fundamentales desde sus primeros ensayos y por representar su principal forjador en los últimos cincuenta años. Así, la presente obra se suma a los dos homenajes anteriores. El primero, publicado por el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1988, conmemorando sus treinta años de investigación en las ciencias ju-

¹ *La Justicia*, t. XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364.

² *Foro de México*, núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12.

³ *La Justicia*, núm. 317, t. XXVII, septiembre de 1956, pp. 12625-12636.

⁴ *La Justicia*, núm. 318, t. XXVII, octubre de 1956, pp. 12706-12712.

⁵ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211.

rídicas;⁶ y el segundo, publicado una década después, en 1998, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reconocimiento a su destacada trayectoria en esa jurisdicción internacional.⁷

La labor de convocatoria y de recepción de los trabajos no fue sencilla. En principio se tuvo en consideración una lista inicial de los juristas más cercanos al doctor Fix-Zamudio, que nos proporcionó gentilmente la señora Evangelina Suárez, su eficiente secretaria de hace casi veinte años. Posteriormente la lista fue creciendo de manera importante debido a los muchos juristas que deseaban participar y que se enteraron del proyecto.

El resultado es el que el lector tiene en sus manos; la participación de más de cuatrocientos juristas a nivel mundial, en la que se unen académicos, profesores, jueces, servidores públicos, discípulos y condiscípulos de varias generaciones, lo que permite un enfoque plural y amplio de la materia central de la obra y también de otras disciplinas jurídicas.

Para mayor claridad sistemática, la obra se divide en doce tomos, distribuidos en cuarenta y seis capítulos, referidos en su mayoría a las temáticas de estudio de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* en su concepción amplia. De esta forma, la obra se compone de los siguientes tomos y capítulos:

TOMO I: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Capítulo I: Teoría general del derecho procesal constitucional

TOMO II: TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

Capítulo II: Tribunales, cortes y salas constitucionales

Capítulo III: Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria

Capítulo IV: Tribunales constitucionales y democracia

TOMO III: JURISDICCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Capítulo V: Justicia y control constitucional

⁶ *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, III ts., 1988.

⁷ *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, II ts., 1998.

Capítulo VI: Control difuso

Capítulo VII: Control constitucional local

TOMO IV: DERECHOS FUNDAMENTALES Y TUTELA CONSTITUCIONAL

Capítulo VIII: Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional

Capítulo IX: Protección horizontal de los derechos fundamentales

Capítulo X: Protección jurisdiccional de los derechos sociales

Capítulo XI: Bloque de constitucionalidad

TOMO V: JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Capítulo XII: Juez constitucional

Capítulo XIII: Sentencia constitucional

Capítulo XIV: Jurisprudencia y precedente constitucional

TOMO VI: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ELECTORAL

Capítulo XV: Interpretación y argumentación constitucional

Capítulo XVI: Interpretación constitucional y derecho internacional

Capítulo XVII: Jurisdicción constitucional electoral

TOMO VII: PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

Capítulo XVIII: Hábeas corpus

Capítulo XIX: Amparo

Capítulo XX: Hábeas data y protección de datos personales

Capítulo XXI: Ombudsman y procedimiento de investigación de la Suprema Corte

TOMO VIII: PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

Capítulo XXII: Control constitucional de leyes

Capítulo XXIII: Conflictos entre poderes y órganos del Estado

Capítulo XXIV: Inconstitucionalidad por omisión legislativa

Capítulo XXV: Juicio político y fuero parlamentario

Capítulo XXVI: Control jurisdiccional de la reforma constitucional

Capítulo XXVII: Responsabilidad patrimonial del Estado

TOMO IX: DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

Capítulo XXVIII: Derecho internacional y jurisdicción constitucional transnacional

Capítulo XXIX: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Capítulo XXX: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Capítulo XXXI: Corte Penal Internacional

Capítulo XXXII: Corte Internacional de Justicia

TOMO X: TUTELA JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

Capítulo XXXIII: Debido proceso y tutela judicial

Capítulo XXXIV: Actualidad procesal

Capítulo XXXV: Prueba

Capítulo XXXVI: Derecho procesal civil internacional

TOMO XI: JUSTICIA, FEDERALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Capítulo XXXVII: Administración y procuración de justicia

Capítulo XXXVIII: Estado federal y autonómico

Capítulo XXXIX: Actualidad constitucional

TOMO XII: MINISTERIO PÚBLICO, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Y ACTUALIDAD JURÍDICA

Capítulo XL: Ministerio Público y derecho penal

Capítulo XLI: Derecho (contencioso) administrativo

Capítulo XLII: Derecho de la información

Capítulo XLIII: Derecho fiscal

Capítulo XLIV: Derecho indígena

Capítulo XLV: Derecho laboral

Capítulo XLVI: Derecho privado, informática y telecomunicaciones

Previamente a estos cuarenta y seis capítulos, en el tomo I aparece una breve semblanza y el *curriculum vitae* del doctor Fix-Zamudio. Asimismo, se incorpora un capítulo denominado *Epistolario*, que contiene setenta y cuatro “cartas” que escribieron para esta emotiva ocasión los juristas y discípulos cercanos al Maestro.

A continuación señalamos los cuatrocientos treinta y tres juristas, de treinta y siete nacionalidades que participan en la obra, por orden alfabético de países y autores:

ALEMANIA: Rainer *Grote*, Peter *Häberle*, Mathias *Herdegen*, Norbert *Lösing*, Dieter *Nohlen*, Nicolas *Nohlen* y Hans-Peter *Schneider*.

ANDORRA: Antoni *López Montanya*.

ARGENTINA: Víctor *Abramovich*, Alberto *Alvarado Velloso*, Karina *Ansolabehere*, Roland *Arazi*, Víctor *Bazán*, Roberto Omar *Berizonce*, Pedro J. *Bertolino*, Mario *Cámpora*, Walter F. *Carnota*, Juan *Cianciardo*, Christian *Courtis*, Alberto Ricardo *Dalla Via*, Diego A. *Dolabjian*, Edgardo Alberto *Donna*, Enrique *Falcón*, Gustavo *Ferreyra*, Lucas *Giardelli*, Osvaldo Alfredo *Gozaini*, Ricardo *Haro*, Juan Carlos *Hitters*, Adelina *Loianno*, Gualberto *Lucas Sosa*, Pablo *Manili*, Antonio *María Hernández*, Augusto M. *Morello*, Eduardo *Oteiza*, Jorge Walter *Peyrano*, Oscar *Puccinelli*, Humberto *Quiroga Lavié*, Guido *Risso*, Adolfo Armando *Rivas*, Jorge A. *Rojas*, Néstor Pedro *Sagüés*, María Sofía *Sagüés*, Gustavo *Szarangowicz*, Sebastián Diego *Toledo*, Fernando *Toller*, Carlos *Vallefin*, Jorge Reinaldo *Vanossi*, Alejandro C. *Verdaguer*, Rodolfo L. *Vigo*, Eugenio Raúl *Zaffaroni* y Alberto *Zuppi*.

BÉLGICA: Marcel *Storme*.

BOLIVIA: Jorge *Asbun*, René *Baldivieso Guzmán* y José Antonio *Rivera Santivañez*.

BRASIL: José *Afonso da Silva*, José Carlos *Barbosa Moreira*, Paulo *Bonavides*, Antônio Augusto *Cançado Trindade*, Ivo *Dantas*, Paulo Roberto de *Gouvêa Medina*, Ada *Pellegrini Grinover* y André *Ramos Tavares*.

CABO VERDE: Jorge Carlos *Fonseca*.

COLOMBIA: Jaime *Araujo Rentería*, Ramiro *Bejarano Guzmán*, Mario *Cajas Sarria*, Jaime *Córdoba Triviño*, Juan Carlos *Esguerra Portocarrero*, Ana *Giacomette Ferrer*, Diana *Guarnizo*, José Gregorio *Hernández Galindo*, Alexei *Julio Estrada*, Diego *López Medina*, Hernán *Alejandro Olano García*, Julio César *Ortiz Gutiérrez*, Néstor *Osuna Patiño*, Jairo *Parra Quijano*, Carlos *Restrepo Piedrahita*, Ernesto *Rey*

Cantor, Luis Carlos Sáchica Aponte, Ma. Auxiliadora Solano Monge, Juan Carlos Upegui Mejía y Rodrigo Uprimny.

COSTA RICA: *Gilbert Armijo, Sergio Artavia B., Rubén Hernández Valle, Ernesto Jinesta L., Luis Paulino Mora Mora, Luis Fernando Solano Carrera y Manuel E. Ventura Robles.*

CUBA: *Beatriz Bernal Gómez y Andry Matilla Correa.*

CHILE: *Andrés Bordalí Salamanca, José Luis Cea Egaña, Juan Colombo Campbell, Cecilia Medina Quiroga, Enrique Navarro Beltrán, Humberto Nogueira Alcalá, Miguel Otero Lathrop, Diego Palomo, Marisol Peña Torres, Hugo Pereira Anabalón, Lautaro Ríos Álvarez y Francisco Zúñiga.*

ECUADOR: *Hernán Salgado Pesantes y Santiago Efraín Velázquez Coello.*

EL SALVADOR: *Enrique Anaya, Roberto Cuéllar M., Florentín Meléndez y Manuel Montecinos.*

ESPAÑA: *Eliseo Ajá, Miguel Ángel Alegre Martínez, José Almagro Nose-te, Manuel Aragón Reyes, Pedro Aragoneses Alonso, Rafael de Asís Roig, Manuel Atienza, Lorena Bachmaier Winter, Mónica Beltrán Gaos, Juan María Bilbao Ubillos, José Bonet Navarro, Joaquín Brage Camazano, Lorenzo M. Bujosa Vadell, Rafael Bustos Gisbert, Raúl Canosa Usera, Marc Carrillo, José Luis Cascajo Castro, Faustino Cordón Moreno, Luis M. Cruz, Pedro Cruz Villalón, Isabel Davara F. de Marcos, Miguel Ángel Davara Rodríguez, Francisco Javier Díaz Revorio, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado, Víctor Ferreres Comella, Ángela Figueruelo Burrieza, Eduardo García de Enterría, Marina Gascón Abellán, Vicente Gimeno Sendra, Jesús María González García, Jesús González Pérez, Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, Jorge Lozano Miralles, Rafael Márquez Piñero, Augusto Martín de la Vega, Fernando Martín Díz, José Martín Ostos, Juan Montero Aroca, Pablo Morenilla, Víctor Moreno Catena, Julio Muerza Esparza, Andrés de la Oliva Santos, Andrés Ollero, Emilio Pajares Montolío, Luciano Parejo Alfonso, Antonio-Enrique Pérez Luño, Javier Pérez Royo, Pablo Pérez Tremps, Joan Picó I Junoy, Luis Prieto Sanchis, Francisco Ramos Méndez, Fernando Rey Martínez, Juan Luis Requejo Pagés, Miguel Revenga Sánchez, Pedro Rivas, Sonia Rodríguez Jiménez, Patricia Rodrí-*

guez-Patrón, Fdo. Francisco Rubio Llorente, Carlos Ruiz Miguel, Pedro Serna, Javier Tajadura Tejada, Isabel Tapia Fernández, Antonio Torres del Moral, José Luis Vázquez Sotelo, Pedro de Vega y Carlos Vidal Prado.

ESLOVENIA: Arne Marjan *Mavčič*.

ESTADOS UNIDOS: Martín *Shapiro* y Robert F. *Williams*.

FRANCIA: Jean-Claude *Colliard*.

GRECIA: Konstantinos D. *Kerameus*.

GUATEMALA: Mario *Aguirre Godoy*, Larry *Andrade-Abularach*, Mauro *Chacón Dorado* y Jorge Mario *García Laguardia*.

HONDURAS: Francisco Daniel *Gómez Bueso*.

INGLATERRA: John Anthony *Jolowicz*.

ISRAEL: Stephen *Goldstein*.

ITALIA: Italo *Augusto Andolina*, Paolo *Biavati*, Michelangelo *Bovero*, Federico *Carpì*, Alfonso *Celotto*, Sergio *Chiarloni*, Giuseppe de *Vergottini*, Luigi *Ferrajoli*, Tania *Groppi*, Paolo *Grossi*, Pierfrancesco *Grossi*, Ricardo *Guastini*, Luca *Mezzetti*, Marco *Olivetti*, Lucio *Pegoraro*, Alessandro *Pizzorusso*, Giancarlo *Rolla*, Roberto *Romboli*, Antonio *Ruggeri*, Michele *Taruffo*, Vincenzo *Vigoritti* y Gustavo *Zagrebel'sky*.

LITUANIA: Egidijus *Jarašiūnas* y Stasys *Stačiokas*.

MACAU: Paulo *Cardinal*.

MÉXICO: Juan Manuel *Acuña*, Jorge *Adame Goddard*, Horacio *Aguilar Álvarez de Alba*, Miguel de Jesús *Alvarado Esquivel*, Emilio *Álvarez Icaza Longoria*, Walter *Arellano Hobelsberger*, Gonzalo *Armienta Calderón*, Juan *Federico Arriola*, Elisur *Arteaga Nava*, César *Astudillo*, Carlos *Báez Silva*, Daniel A. *Barceló Rojas*, Arturo *Bárcena Zubieta*, Manuel *Barquín Á.*, José *Barragán Barragán*, Luis de la *Barreda Solórzano*, Manuel *Becerra Ramírez*, Adriana *Berrueco García*, Ingrid *Brena Sesma*, Luis *Broderman Ferrer*, Rodolfo *Bucio Estrada*, Néstor de *Buen Lozano*, José Antonio *Caballero*, José Luis *Caballero Ochoa*, Enrique *Cáceres Nieto*, Miguel *Carbonell*, Jaime *Cárdenas*, Jorge Ulises *Carmona Tinoco*, Jorge *Carpizo*, Constancio *Carrasco Daza*, Manlio Fabio *Casarín León*, Milton Emilio *Castellanos Goût*,

Juventino V. *Castro y Castro*, Cynthia *Chanut Esperón*, David *Cienfuegos*, Germán *Cisneros Fariás*, Rafael *Coello Cetina*, Víctor Manuel *Collí Ek*, Lorenzo *Córdova Vianello*, Edgar *Corzo Sosa*, José Ramón *Cossío Díaz*, José de Jesús *Covarrubias Dueñas*, Óscar *Cruz Barney*, Osmar Armando *Cruz Quiroz*, Francisco José *De Andrea S.*, Enrique *Díaz Aranda*, José Hugo Augusto *Díaz-Estúa Avelino*, Luis *Díaz Müller*, Juan *Díaz Romero*, Javier *Dondé Matute*, Ma. Macarita *Elizondo Gasperín*, Miguel *Eraña Sánchez*, Rafael *Estrada Michel*, Jorge *Fernández Ruiz*, Eduardo *Ferrer Mac-Gregor*, Héctor *Fix-Fierro*, Imer B. *Flores*, José Fernando *Franco González Salas*, Flavio *Galván Rivera*, José *Gamas Torruco*, Máximo *Gámiz Parral*, Marco César *García Bueno*, Gumesindo *García Morelos*, Sergio *García Ramírez*, José Alfredo *García Solís*, Paula María *García-Villegas Sánchez-Cordero*, Raymundo *Gil Rendón*, Mara *Gómez Pérez*, Alonso *Gómez Robledo*, Genaro David *Góngora Pimentel*, Juan Luis *González Alcántara y Carrancá*, Carlos *González Blanco*, Héctor *González Chévez*, Jorge Alberto *González Galván*, Nuria *González Martín*, Manuel *González Oropeza*, Raúl *González Schmal*, José de Jesús *Gudiño Pelayo*, Juan Carlos *Gutiérrez*, Rodrigo *Gutiérrez*, Juan de Dios *Gutiérrez Baylón*, Iván Carlo *Gutiérrez Zapata*, Manuel L. *Hallivis Pelayo*, Ma. del Pilar *Hernández*, María Amparo *Hernández Chong Cuy*, Alfonso *Herrera García*, Carla *Huerta*, Francisco *Ibarra Palafox*, Olga *Islas de González Mariscal*, Alfredo *Islas Colín*, Patricia *Kurczyn Villalobos*, Mauricio *Lara Guadarrama*, Leoncio *Lara Sáenz*, José Manuel *Lastra Lastra*, Gerardo *Laveaga*, Andrés *Lira González*, Sergio *López-Ayllón*, Miguel Alejandro *López Olvera*, Margarita *Beatriz Luna Ramos*, Ana Laura *Magaloni Kerpel*, Daniel *Márquez*, Raúl *Márquez Romero*, Fabiola *Martínez Ramírez*, Edgardo *Martínez Rojas*, Mario *Melgar Adalid*, Ricardo *Méndez Silva*, Jorge *Meza Pérez*, Javier *Mijangos y González*, Gonzalo *Moctezuma Barragán*, César de Jesús *Molina*, Cecilia *Mora-Donatto*, Carlos A. *Morales-Paulín*, Jorge *Nader Kuri*, José Ramón *Narváez*, Carlos F. *Nataren*, César *Nava Escudero*, Salvador *Olimpo Nava Gomar*, Santiago *Nieto Castillo*, Alfonso *Oñate*, Jorge R. *Ordóñez E.*, José Emilio *Rolando Ordóñez Cifuentes*, Lina *Ornelas Núñez*, J. Jesús *Orozco Henríquez*, José *Ovalle Favela*, Ruperto *Patiño Manffer*, Raúl *Pérez Johnston*, Valeriano *Pérez Maldonado*, Carlos *Pérez Vázquez*, Raúl

Plascencia Villanueva, José Luis Prado Maillard, Elvia Arcelia Quintana Adriano, Alejandro Quijano Álvarez, Karla I. Quintana Osuna, Emilio Rabasa Gamboa, Laura M. Rangel Hernández, Gabriela Ríos Granados, José Roldán Xopa, Alberto Saíd, Pedro Salazar Ugarte, Javier Saldaña, Luis Gerardo Samaniego Santamaría, Alfredo Sánchez Castañeda, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Rubén Sánchez Gil, Ulises Schmill, Ricardo J. Sepúlveda I., José Ma. Serna de la Garza, Fernando Serrano Migallón, Dora María Sierra Madero, Juan Carlos Silva Adaya, Fernando Silva García, José Luis Soberanes Fernández, Humberto Suárez Camacho, Evangelina Suárez Estrada, Julio Téllez Valdés, Karla Beatriz Templos Núñez, Rodolfo Terrazas Salgado, Pedro Torres Estrada, Francisco Tortolero Cervantes, José Juan Trejo Orduña, Jean Claude Tron Petit, Gonzalo Uribarri Carpintero, Diego Valadés, Clemente Valdés, Salvador Valencia Carmona, Sergio Armando Valls Hernández, Francisco Vázquez-Gómez Bisogno, Rodolfo Vázquez, Juan Vega Gómez, Ernesto Villanueva, Jorge Witker y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

NICARAGUA: Iván Escobar Fornos y Francisco Rosales Arguello.

PANAMÁ: Arturo Hoyos y Sebastián Rodríguez Robles.

PARAGUAY: Jorge Silvero Salgueiro.

PERÚ: Samuel B. Abad Yupanqui, Ernesto Blume Fortini, Edgar Carpio Marcos, Susana Ynes Castañeda Otsu, Luis Castillo Córdova, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde, Diego García Sayán, Víctor García Toma, Carlos Hakansson Nieto, César Landa, Juan Monroy Gálvez, José F. Palomino Manchego, Carlos Parodi Remón, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Fernando Vidal Ramírez.

POLONIA: Krystian Complak.

PORTUGAL: Jorge Miranda.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: Jean Cadet Odimba.

REPÚBLICA DOMINICANA: Eduardo Jorge Prats y Olivo A. Rodríguez Huertas.

SUDÁFRICA: Wouter L. de Vos.

URUGUAY: Augusto *Durán Martínez*, Eduardo G. *Esteva Gallicchio*, Jaime *Greif*, Héctor *Gros Espiell*, Ángel *Landoni Sosa* y Leslie *Van Rompaey*.

VENEZUELA: Alirio *Abreu Burelli*, Carlos *Ayala Corao*, Alberto *Baumeister Toledo*, Alberto *Blanco-Uribe Quintero*, Allan R. *Brewer Carrías*, Jesús M. *Casal H.*, José Vicente *Haro García*, Ricardo *Henríquez La Roche*, Michael *Núñez Torres* y Mariolga *Quintero Tirado*.

Como podrá advertir el lector, se trata de un esfuerzo colectivo a nivel mundial. La calidad y cantidad de los trabajos sólo pudo haberse logrado por la autoridad moral e intelectual del convocante, que tanto ha contribuido al desarrollo del derecho público de nuestro tiempo y especialmente a la consolidación de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

A nombre del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la editorial Marcial Pons y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, agradecemos a cada autor su entusiasta colaboración. Con profunda admiración y cariño la comunidad jurídica internacional se une para honrar a uno de los juristas de habla hispana más querido, respetado y reconocido en el mundo, con motivo de sus cincuenta años (1956-2006) de continua y fructífera labor intelectual.

¡Enhorabuena *Maestro* Héctor Fix-Zamudio!

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA

Ciudad de México, Primavera de 2008

SEMBLANZA DEL MAESTRO HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

Héctor Fix-Zamudio nació en el centro histórico de la ciudad de México el 4 de septiembre de 1924. Su abuelo paterno, Lucien Fix, llegó de Francia en el siglo XIX. Es el primer hijo del matrimonio de don Felipe Fix y Ruiz de Velasco originario de Cuernavaca, Morelos, y doña Ana María Zamudio Cantú, que procedía de Ciudad Victoria, Tamaulipas. Sus hermanos menores se llamaron Graciela, Jorge y René. Le sobrevive su hermana Margarita, con quien mantiene una estrecha relación.

Estudió principalmente en escuelas públicas. La primaria la realizó en dos instituciones: una anexa a la Normal de Maestros y otra denominada República de Brasil. La secundaria en la Escuela Secundaria número 4: Moisés Sáenz, ubicada en Santa María la Ribera, en pleno centro de la ciudad de México. En esa época tuvo como maestros a José Calvo (literatura española), Ofelia Garza de del Castillo (español) y Carlos Pellicer (historia universal), que influyeron en su formación humanista.

El bachillerato lo cursó en la Escuela Nacional Preparatoria en el Antiguo Colegio de San Ildefonso, también en el centro histórico de la ciudad de México (1940-1942). Fue en esa época donde definió su clara vocación por la historia y el derecho, al optar por el bachillerato en el área de “Humanidades”. Influyeron sensiblemente en su formación Erasmo Castellanos Quinto (literatura universal), Joaquín Ramírez Cabañas (historia), Hilario Medina (historia universal), Agustín Yáñez (literatura), Adolfo Menéndez Samará (introducción a la filosofía) y Juan Sánchez Navarro (introducción a la historia del derecho).

Estudió derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho) de la UNAM (1942-1949). Entre sus maestros figuran juristas de la talla de Juan Sánchez Navarro y Peón (introducción al estudio del derecho), Javier de Cervantes (derecho romano), José Castillo

Larrañaga (derecho procesal), Mario de la Cueva (teoría del Estado), Manuel Marván (derecho del trabajo), José Campillo Sáinz (derecho del trabajo), José Castro Estrada (derecho administrativo), Leopoldo Aguilar (derecho civil), Salvador Azuela (derecho constitucional), Antonio Martínez Báez (derecho constitucional), Antonio Carrillo Flores (derecho administrativo) y Vicente Peniche López (juicio de amparo). Desde estudiante afloró su predilección por el estudio del juicio de amparo, asistiendo como oyente a las clases impartidas por Alfonso Noriega Cantú.

Se tituló con mención honorífica el 18 de enero de 1956, con la tesis denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, que había concluido en 1955. El jurado del examen estuvo integrado por Lucio Cabrera Acevedo, José Castillo Larrañaga, Mariano Azuela Rivera y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Dedicó cinco años a la elaboración de este trabajo, que fue dirigido por los procesalistas José Castillo Larrañaga y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Este último jurista español, radicado por más de treinta años en México (1946-1976), influyó en su dedicación a la investigación y docencia. Fix-Zamudio se convirtió en uno de sus principales discípulos dentro de la honda escuela que forjó.

Su inicial trabajo tuvo una gran repercusión en los años siguientes. Lo publicó parcialmente en diversas revistas en ese mismo año (1956) y luego de manera íntegra como parte de su primer libro: *El juicio de amparo* (México, Porrúa, 1964). Constituye, por una parte, el primer estudio sistemático sobre la ciencia del derecho procesal constitucional como disciplina jurídico procesal. Por la otra, inicia la etapa que él mismo denomina como de “reivindicación procesal del amparo”, entendiendo que la máxima institución procesal mexicana debía estudiarse fundamentalmente como proceso constitucional y no sólo como institución política.

En 1960 casó con María Cristina Fierro González, originaria de la ciudad de México. Compañera inseparable que durante cuarenta y tres años apoyó su trayectoria en funciones judiciales y como investigador jurídico. Tuvieron cuatro hijos: Héctor Felipe, María Cristina, Carlos Enrique e Imelda; y seis nietos: Valentina, Fabián, Markel, Verena, Adrián y Héctor Daniel. Su familia ha representado un estímulo permanente de aliento en sus labores académicas. Su primogénito, Héctor Fix- Fierro, siguiendo los

pasos de su padre, es un reconocido investigador y actualmente director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Realizó sus estudios de posgrado en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la propia UNAM (1964-1965), obteniendo el grado de doctor el 10. de marzo de 1972, con la mención *Magna Cum Laude*. El jurado estuvo integrado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en calidad de director, Luis Recaséns Siches, Alfonso Noriega Cantú, Antonio Carrillo Flores y Antonio Martínez Báez. Su tesis de grado fue ampliada en los años siguientes y publicada en España con el nombre de *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* (Madrid, Civitas, 1982).

Su actividad profesional se ha bifurcado en dos senderos: la función judicial y la actividad académica. Han sido sus dos “vocaciones”, como él mismo lo ha señalado. Siendo estudiante laboró durante breve tiempo en una notaría e ingresó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de junio de 1945, como auxiliar en la Secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala. Durante diecinueve años laboró en el Poder Judicial de la Federación, ocupando diversos cargos judiciales: actuario con funciones de secretario de Juzgado de Distrito (1957), secretario de Tribunal Colegiado de Circuito (1956-1957), hasta secretario de Estudio y Cuenta adscrito al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1958-1964). Renunció el 30 de julio de 1964 para dedicarse de tiempo completo a la enseñanza e investigación jurídicas. Esa decisión vocacional marcó su futuro académico, que ha mantenido a pesar de ofrecimientos en varias ocasiones para ocupar el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ingresó como investigador por contrato al Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) en octubre de 1956 y de tiempo completo en agosto de 1964. Fue director de ese Instituto por doce años (1966-1978) y designado *investigador emérito* del mismo por el Consejo Universitario en 1987. Ha sido miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) desde su creación en 1984, e *investigador emérito* del mismo sistema desde 1996.

Como universitario ha tenido una destacada participación en momentos difíciles de la UNAM, al redactar las bases jurídicas que llevaron a superar el conflicto laboral de 1972. Contribuyó a los festejos de la autonomía universitaria en 1979 y a la creación de la Defensoría de los Dere-

chos Universitarios en 1985. Formó parte de la Junta de Gobierno de la UNAM (1981-1988).

Ha sido profesor de la asignatura Juicio de Amparo en su *alma mater*, la Facultad de Derecho de la UNAM, durante treinta y dos años ininterrumpidos (1964-1996). Además de impartir cátedra en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad (1966-1994), ha impartido cursos y participado en numerosos congresos y seminarios en universidades nacionales y del extranjero.

Es miembro de un importante número de asociaciones científicas nacionales e internacionales, destacando la Academia Mexicana de Ciencias; El Colegio Nacional; la Academia Internacional de Derecho Comparado; la Asociación Internacional de Derecho Procesal; la Unión de Profesores para el Estudio del Derecho Procesal Internacional; la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (presidente honorario desde 2003) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del cual fue Presidente titular (1975-1992) y actualmente presidente *honorario vitalicio* (desde 1992).

Entre sus principales premios y distinciones destacan: el Premio de la Academia de la Investigación Científica (1963); el Premio Nacional de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía (1982); el Premio Internacional conferido por la UNESCO sobre la enseñanza de los derechos humanos (1986); la Medalla al Mérito Universitario en el campo de la investigación (1990); el Premio Universidad Nacional en Investigación en Ciencias Sociales (1992); el Premio Nacional de Jurisprudencia, otorgado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (1994); la Medalla Belisario Domínguez, otorgada por el Senado de la República (2002), y el Premio Internacional “Justicia en el Mundo” otorgado por la Unión Internacional de Magistrados (Madrid, 2004).

Ha recibido el doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Sevilla, España (1984); la Universidad de Colima, México (1992); la Universidad Externado de Colombia (1998); la Pontificia Universidad Católica de Perú (2001); la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (2002); la Universidad Complutense de Madrid (2003); la Universidad Los Andes en Huancayo, Perú (2007), y el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán (2007).

Durante más de cincuenta años sus investigaciones, siempre caracterizadas por la utilización del método histórico comparativo, se han centrado en tres ejes fundamentales: el derecho procesal, el derecho constitucional y los derechos humanos. De manera particular, representa el principal forjador de una nueva disciplina jurídica que se encuentra en la actualidad en pleno desarrollo: *la ciencia del derecho procesal constitucional*, que da nombre precisamente a la presente obra colectiva en su honor y en la que participan más de cuatrocientos juristas de treinta y siete nacionalidades.

Tiene más de cuatrocientas publicaciones, entre las que figuran libros, artículos, ensayos monográficos, traducciones, prólogos y presentaciones, en el ámbito nacional como internacional. Autor de más de veinte libros: *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño (et al., 1963)*; *El juicio de amparo (1964)*; *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965 (1968)*; *Constitución y proceso civil en Latinoamérica (1974)*; *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos (1980, 2a. ed., 1985)*; *Metodología, docencia e investigación jurídicas (1981, 13a. ed., 2006)*; *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales (1982)*; *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano (1983)*; *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos (1988)*; *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos (1991, 2a. ed., 1999)*; *Derecho procesal (con José Ovalle Favela, 1991, 2a. ed., 1993)*; *Ensayos sobre el derecho de amparo (1993, 3a. ed., 2003)*; *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos (1993, 2a. ed., 2001)*; *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (1995)*; *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano (con José Ramón Cossío, 1996, 3a. reimp., 2003)*; *El consejo de la judicatura (con Héctor Fix-Fierro, 1996)*; *México y la declaración de derechos humanos (coord., 1999)*; *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2a. ed., 1999)*; *Derecho constitucional mexicano y comparado (con Salvador Valencia Carmona, 1999, 5a. ed., 2007)*; *Introducción al derecho procesal constitucional (2002)*; *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo (2004)*; *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano (1994, 3a. ed., 2005)*; y *El derecho de amparo en el mundo (coord. con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2006)*.

En el ámbito internacional destacó como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986-1998), siendo su presidente durante dos periodos consecutivos (1990-93 y 1995-97); y miembro de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías de la ONU (suplente desde 1988 y titular 1998-2001), en Ginebra, Suiza.

El maestro Héctor Fix-Zamudio tiene innumerables discípulos entre los cuales se encuentran los principales juristas de nuestro país. Su escuela se ha extendido allende las fronteras y su pensamiento está presente en los cambios legislativos, jurisprudenciales e institucionales de Latinoamérica. Es considerado en la actualidad el jurista mexicano más reconocido en el mundo y uno de los humanistas iberoamericanos de mayor influencia, querido y respetado, en el derecho público de nuestro tiempo.

CURRICULUM VITAE DEL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

I. DATOS PERSONALES

Nacido en México, Distrito Federal, el 4 de septiembre de 1924.

Domicilio: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3er. Circuito Escolar Universitario, Zona Cultural, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Delegación Coyoacán, 04510 México, Distrito Federal.

II. FORMACIÓN ACADÉMICA

1. Estudios de licenciatura en derecho en la Escuela Nacional Jurisprudencia de la UNAM (1942-1949). Examen profesional: 18 de enero de 1956, aprobado con mención honorífica.

2. Estudios de posgrado en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UNAM (1964-1965). Examen de doctorado: 1o. de marzo de 1972. Aprobado con mención *magna cum laude*.

III. ACTIVIDADES PROFESIONALES Y ACADÉMICAS

1. Auxiliar de la Secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde su ingreso al Poder Judicial federal el 8 de junio de 1945, hasta abril de 1956.

2. Actuario judicial en funciones de secretario, en el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, de mayo a agosto de 1956.

3. Secretario del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, del 10 de septiembre de 1956 al 11 de septiembre de 1957.

4. Secretario de Estudio y Cuenta adscrito al Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, del 1o. de enero de 1958 hasta el 30 de julio de 1964.

5. Investigador del Instituto de Derecho Comparado de la UNAM (ahora Instituto de Investigaciones Jurídicas) desde octubre de 1956; de

tiempo completo a partir de agosto de 1964; emérito por acuerdo del Consejo Universitario del 8 de mayo de 1987.

6. Investigador Nacional nivel III a partir de julio de 1984; emérito desde marzo de 1996.

7. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, a partir de enero de 1986; nombrado para un nuevo periodo de seis años a partir de enero de 1992. Presidente de la Corte por los periodos de 1990-1993, y 1995-1997, en que terminó sus funciones como juez.

8. Miembro de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías de la ONU, actualmente Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos con sede en Ginebra, Suiza, Suplente desde mayo de 1988. Electo como miembro titular para el periodo 1998-2001.

IV. ACTIVIDADES ACADÉMICO-ADMINISTRATIVAS

1. Director del Instituto de Derecho Comparado, ahora de Investigaciones Jurídicas, designado por la Junta de Gobierno de la UNAM, por dos periodos consecutivos, de octubre de 1966 a octubre de 1978.

2. Miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM, designado por el Consejo Universitario en sesión del 7 de mayo de 1981, hasta diciembre de 1988.

3. Miembro *ex officio* del Consejo Interno del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

4. Miembro de la Comisión Dictaminadora de Ciencias Sociales y Humanidades del Sistema Nacional de Investigadores, entre 1984 y 1988.

V. PUBLICACIONES*

1. Libros

1. *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, 438 pp.

2. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, 183 pp.

* En el presente apartado no se incluyen prólogos, presentaciones, prefacios, notas introductorias o reseñas de libros.

3. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, 125 pp.
4. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980, 234 pp.; 2a. ed., México, Porrúa, 1985.
5. *Ensayos sobre metodología, enseñanza e investigación jurídicas*, México, UNAM, 1981, 432 pp.; 2a. ed., México, Porrúa, 1984, con el título de *Metodología de la docencia y la investigación jurídicas*, 3a. ed., 1988; 4a. ed., 1995; 5a. ed., 1996; 6a. ed., 1997; 7a. ed., 1999; 8a. ed., 2000; 9a. ed., 2001; 10a. ed., 2002; 11a. ed., 2003; 12a. ed., 2004; 13a. ed., 2006; 14a. ed., 2007.
6. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, 365 pp.
7. *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, 151 pp.
8. *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, 550 pp.
9. *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, 225 pp.; 2a. ed., 1999, 651 pp.
10. *Derecho procesal*, en coautoría con José Ovalle Favela, México, UNAM, 1991, 145 pp.
11. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, 515 pp., 2a. ed., UNAM-Porrúa, 1999, 802 pp., y 3a. ed., 2003, 1102 pp.
12. *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, 531 pp., reimpresión 1997; 2a. ed., 2001, 670 pp.
13. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, en coautoría con José Ramón Cossío, México, Fondo Cultura Económica, 1996, 643 pp., tercera reimpresión, 2003.
14. *El Consejo de la Judicatura*, en coautoría con Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 1996, 369 pp. (Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 3).

15. *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, 96 pp. 169 pp.
16. *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, 161 pp.
17. *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, México, Porrúa-Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1995, 107 pp.
18. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, elaborado conjuntamente con Salvador Valencia Carmona, Porrúa-UNAM, 1999, 1067 pp.; 2a. ed., 2001, 1073 pp.; 3a. ed., 2003, 1087 pp.; 4a. ed., 2005, 1131 pp.; 5a. ed., 2007, 1147 pp.
19. *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro, México, Fundap, 2002, 125 pp.
20. *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, 199 pp.; 1a. reimp., México, UNAM, 2004.
21. *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, 434 pp.

2. Monografías

1. *Panorama del derecho mexicano, Síntesis del derecho de amparo*, México, UNAM, 1963, 63 pp.
2. “La jurisdicción constitucional mexicana”, apéndice al libro de Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961, pp. 131-247.
3. *Derecho procesal*, en colaboración con José Ovalle Favela, México, UNAM, 1981, 107 pp.; 2a. ed., México, 1983.
4. *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986, 46 pp.
5. *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1997, 63 pp.

6. *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, 1997, 85 pp.
 7. *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1998, 23 pp.
3. *Artículos de revista o colaboraciones en obras colectivas publicadas en México*
1. “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211, reproducido en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37.
 2. “Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.
 3. “Estructuración del proceso agrario”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 41-42, enero-junio de 1961, pp. 177-196, reproducido en el volumen *El pensamiento jurídico de México en el derecho administrativo*, México, 1962, pp. 175-204.
 4. “La eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 45, enero-marzo de 1962, pp. 89-102.
 5. “Mandato de seguridad y juicio de amparo”, *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.
 6. “Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, de 30 de agosto de 1932”, *El Foro. Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*, núm. 40, enero-marzo de 1963, pp. 25-50.

7. “Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 52, octubre-diciembre de 1963, pp. 893-938.
8. “La defensa de la Constitución en el decreto constitucional para la libertad de la América mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814”, en el volumen *Estudios sobre el decreto-constitucional de Apatzingán*, UNAM, 1964, pp. 585-616.
9. “Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 595-1012.
10. “El juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79.
11. “Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático en el ordenamiento mexicano”, *Revista Mexicana del Trabajo*, junio de 1965, pp. 9-36.
12. “Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152.
13. “Principios esenciales del proceso fiscal federal mexicano”, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, segundo número extraordinario intitulado *Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, 1966, pp. 279-314.
14. “La responsabilidad de los sujetos procesales en el juicio de amparo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 59, julio-septiembre de 1965, pp. 613-631.
15. “La adecuación del proceso a la protección de los derechos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, enero-marzo de 1966, pp. 97-110.
16. “En torno a los problemas de la metodología del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 62, octubre-diciembre de 1966, pp. 469-506.
17. “Supremacía del Ejecutivo en el derecho constitucional mexicano”, en el volumen *Comunicaciones mexicanas al VII Congreso Inter-*

nacional de Derecho Comparado, 1966, México, UNAM, 1966, pp. 469-506.

18. “Las reformas constitucionales al Poder Judicial Federal”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 55, enero-abril de 1966, pp. 3-63.
19. “La defensa de la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, 1967, pp. 139-178.
20. “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, 1967, pp. 179-232.
21. “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 65, enero-marzo de 1967, pp. 83-123.
22. “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-103.
23. “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 89-118.
24. “Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, octubre-diciembre de 1969, pp. 87-110.
25. “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 77-78, enero-junio de 1970, pp. 383-423.
26. “Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, abril-junio de 1970, pp. 3-45.
27. “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en el volumen *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 271-309, también puede verse en *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, octubre-diciembre de 1970, pp. 5-63.

28. “Derecho comparado y derecho de amparo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 8, mayo-agosto de 1970, pp. 327-349.
29. “Reflexiones sobre la investigación jurídica”, *Revista Jurídica Mesis*, México, 1971, pp. 31-73.
30. “El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 81-82, enero-junio de 1971, pp. 85-133.
31. “Organización de los tribunales administrativos”, en el volumen conmemorativo del *XXXV aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971, pp. 97-129.
32. “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”, en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 160-273.
33. “Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica”, en colaboración con Héctor Cuadra, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1974, pp. 93-158.
34. “Protección procesal de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 35-88.
35. “Consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje”, *Estudios Jurídicos*, Jalapa, núm. 1, 1974, pp. 9-31, reproducido en *Revista Mexicana del Trabajo*, abril-junio de 1974, pp. 61-86, y en el folleto *Naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje*, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 1975, pp. 5-31.
36. “La Constitución de Apatzingán como antecedente de la Constitución de 1824”, en el volumen colectivo *La Constitución Federal de 1824*, México, UNAM, 1976, pp. 19-45.
37. “Derecho procesal”, en el libro colectivo *El derecho*, México, UNAM, 1976, 83-104; reimpresión 1979.
38. “Derecho comparado y ciencia jurídica en México”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1974*, México, El Colegio Nacional, 1976, pp. 233-262.

39. “Breves reflexiones sobre la enseñanza de posgrado y la investigación en materia jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 99-100, julio-diciembre de 1975, pp. 557-590, reproducido en el volumen colectivo *Antología de estudios sobre la investigación jurídica*, México, UNAM, 1978, pp. 191-230.
40. “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, *Anuario Jurídico, II-1975*, México, UNAM, 1977, pp. 63-101.
41. “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana”, en el volumen colectivo *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, México, UNAM, 1977, pp. 25-41.
42. “La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica”, ponencia general, aparecida en *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, México, UNAM, 1977, pp. 145-188.
43. “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en el volumen colectivo del mismo título, México, UNAM, 1977, pp. 9-59, reproducido en la obra colectiva editada por Marcos Kaplan, *Estado, derecho y sociedad*, México, UNAM, 1981, pp. 87-137.
44. “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1976*, México, El Colegio Nacional, 1977, pp. 141-191.
45. “Breves reflexiones sobre el objeto y naturaleza de las revistas de derecho comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 25-26, enero-agosto de 1976, pp. 43-55.
46. “México: El organismo judicial 1950-1975”, en el volumen colectivo *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, México, UNAM, 1978, pp. 7-47.
47. “El derecho” en colaboración con Eugenio Hurtado Márquez, en el volumen colectivo *Las humanidades en México, (1950-1975)*, México, UNAM, 1978, pp. 307-352.
48. “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 425-464.

49. “Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en América Latina”, *Universidades*, México, núm. 73, julio-septiembre de 1978, pp. 529-553.
50. “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, *Anuario Jurídico, II-IV, 1976-1977*, México, UNAM, 1977, pp. 69-109.
51. “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348.
52. “El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano”, en la obra colectiva coordinada por Enrique Álvarez del Castillo, *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, Cámara de Diputados (L Legislatura)-Manuel Porrúa, 1979, t. I, pp. 279-326.
53. “La protección interna de los derechos humanos”, en el volumen colectivo *Los problemas de un mundo en proceso de cambio*, editado por Luis González Souza y Ricardo Méndez Silva, México, 1978, pp. 133-142.
54. “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en el volumen colectivo *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. I: *Historia del derecho y derecho comparado*, México, UNAM, 1979, pp. 155-189.
55. “Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1978*, México, El Colegio Nacional, 1979, pp. 91-138.
56. “Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa continental y su influencia en otros países”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 35, mayo-agosto de 1979, pp. 337-432.
57. “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. III, septiembre-diciembre de 1978, pp. 641-694.
58. “La función constitucional del Ministerio Público”, *Anuario Jurídico V-1978*, México, UNAM, 1979, pp. 145-195, reproducido en el volumen editado por José Ovalle Favela, *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1982, pp. 79-127; 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1985, pp. 91-142.

59. “Presente y futuro constitucional del organismo judicial y del Ministerio Público en México y España”, en el volumen colectivo *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979, pp. 327-384.
60. “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”, *Anuario Jurídico VI 1979*, México, UNAM, 1980, pp. 159-174, reproducido en el volumen editado por Jorge Witker, *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1995, pp. 77-92.
61. “El sistema presidencialista y la división de poderes”, en la obra colectiva *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, t. III (vol. IX): *Política y Estado*, México, UNAM, 1979, pp. 85-155.
62. “Administración de justicia”, *Anuario Jurídico VII-1980*, México, UNAM, 1980, pp. 69-96, reproducido en la revista *Exégesis*, Monterrey, septiembre-diciembre de 1980, pp. 87-125.
63. “El juicio de amparo en materia agraria”, en el volumen colectivo *Memoria del VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Jalapa, Veracruz, 1979)*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1980, pp. 219-239, reproducido en *Exégesis*, Monterrey, agosto de 1980, pp. 19-45.
64. “Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, núms. 10 y 11, enero-febrero, marzo-abril de 1981, pp. 7-24 y 27-55, respectivamente; aparecido posteriormente en *Anuario Jurídico IX-1982*, México, UNAM, 1982, pp. 379-417.
65. “El juicio de amparo en materia de trabajo y la Ley Federal del Trabajo de 1931”, en el volumen colectivo *Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo*, publicación conmemorativa del cincuentenario de la primera Ley Federal del Trabajo, 1931-1981, México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1981, pp. 163-185.
66. “Derecho procesal”, en colaboración con José Ovalle Favela, en la obra colectiva *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, 1981, t. II, pp. 1251-1347.
67. “La administración de justicia”, en el volumen colectivo editado por José Ovalle Favela, *Temas y problemas de la administración de*

- justicia en México*, México, UNAM, 1982; 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1985, pp. 145-177.
68. “El juicio de amparo latinoamericano”, en el libro colectivo *Estudios jurídicos en honor de Alberto Vázquez del Mercado*, México, Porrúa, 1982, pp. 193-245.
 69. “El derecho de amparo. Una aportación latinoamericana para la protección de los derechos del hombre”, en la obra colectiva *Fray Antón de Montesinos*, México, UNAM, 1982, pp. 50-56.
 70. “Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa”, en la obra colectiva *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México*, México, 1982, t. II, pp. 379-414.
 71. “Aspectos comparativos de la justicia administrativa”, en el volumen *Memorias del Primer Congreso Internacional de Justicia Administrativa*, en *op. ult. cit.*, México, 1982, t. V, pp. 87-139.
 72. “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.
 73. “El juicio de amparo en materia agraria”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 116, mayo-agosto de 1980, pp. 439-463.
 74. “El amparo mexicano en materia administrativa y la revisión fiscal”, *Ciencia Jurídica*, Los Mochis, Sinaloa, julio-diciembre de 1983, pp. 65-79.
 75. “La acción de las autoridades nacionales en la protección de los derechos civiles y políticos”, en el volumen colectivo *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 45-83.
 76. “Posibilidades de innovación institucional en las entidades federativas”, en el volumen colectivo editado por José Francisco Ruiz Mas-sieu y Diego Valadés, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 285-309.
 77. “Estado social de derecho y cambio constitucional”, en la obra *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, México, UNAM, 1984, pp. 337-369.
 78. “Las facultades directivas del juez en el ordenamiento procesal mexicano”, en el libro *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, México, Porrúa, 1984, pp. 275-297.

79. “Breves reflexiones sobre la evolución de la tutela de los derechos humanos en el ámbito interno”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, núm. 13, abril-junio de 1984, pp. 7-17.
80. “La Constitución y su defensa”, en el volumen del mismo título, México, UNAM, 1984, pp. 11-85.
81. “Breves reflexiones sobre algunos aspectos de las reformas a la legislación de amparo”, en el volumen *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 181-197.
82. “Algunas consideraciones sobre las recientes reformas a la Ley de Amparo”, en la obra colectiva, *Derecho federal mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983, t. I, pp. 403-423.
83. “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en colaboración con Jorge Carpizo, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 31-64.
84. “Algunos instrumentos recientes para la protección de los derechos humanos”, en el volumen colectivo *Los derechos humanos. Un debate*, México, UAM-Atzacapatzalco, 1985, pp. 33-61.
85. “Bases generales para un nuevo Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco”, *Foro*, diciembre de 1984, pp. 24-77.
86. “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, en el volumen colectivo *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa-UNAM, 1985, pp. 77-120.
87. “El juicio de amparo en el derecho comparado”, *Boletín Trimestral del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Guanajuato, núm. 15, julio-septiembre de 1984, pp. 177-185.
88. “Reflexiones sobre los problemas de la metodología del derecho”, *Boletín Trimestral del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Guanajuato, núm. 16, octubre-diciembre de 1984, pp. 227-242.
89. “La democracia social”, en la obra *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, 3a. ed., México, vol.: *Doctrina constitucional*, México, Cámara de Diputados, 1985, pp. 495-553.

90. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1984*, México, El Colegio Nacional, 1985, pp. 63-104.
91. “Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México”, *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985, t. I, pp. 651-716.
92. “El sistema americano de protección de derechos humanos”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 1, enero-abril de 1986, pp. 47-79.
93. “Bases generales para un nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco”, *X Congreso Mexicano del Derecho Procesal. Memorias*, Guadalajara, Gobierno del Estado de Jalisco-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1986, pp. 71-88.
94. “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales”, *Noveno Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Memoria*, México, UNAM, 1984, pp. 135-172.
95. “Régimen económico y derechos humanos”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, enero-marzo de 1986, pp. 39-51.
96. “La Suprema Corte y el juicio de amparo”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia, 1985, pp. 117-178.
97. “La justicia municipal en México”, *La reforma municipal en la Constitución*, México, Porrúa, 1986, pp. 121-144.
98. “Posibilidad del *ombudsman* en el derecho latinoamericano”, *La defensoría de los derechos universitarios de la UNAM*, México, UNAM, 1986, pp. 33-52.
99. “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, en los libros *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, México, Porrúa, 1987, pp. 345-390; *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 495-541.
100. “Garantías constitucionales en el proceso. El ordenamiento mexicano”, *Ciencia jurídica*, Los Mochis, julio-diciembre de 1986, pp.

- 3-29, y en *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, núms. 24-25, octubre de 1986, marzo de 1987, pp. 11-44.
101. “Los juristas españoles exiliados y la ciencia jurídica mexicana”, en la obra colectiva *El exilio español y la UNAM*, México, UNAM, 1987, pp. 51-63.
102. “Selección y nombramiento de los jueces”, *Revista, Órgano Trimestral de Difusión y Análisis de Materiales Jurídicos*, México, 3, abril-junio de 1987, pp. 23-64, y en *Revista del Supremo Tribunal del Estado de Durango*, núms. 26-27, abril-septiembre de 1987, pp. 11-75.
103. “Algunas reflexiones sobre el principio de la división de poderes en la Constitución mexicana”, en la obra *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, t. III, pp. 619-708.
104. “La reforma en el derecho de amparo”, en el volumen colectivo *Reforma procesal. Estudios en Memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, UNAM, 1987, pp. 265-304.
105. “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 5, mayo-agosto de 1987, pp. 357-388.
106. “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana”, en el volumen *Antologías para la actualización de los profesores de enseñanza media superior. Teoría general del derecho. Historia del derecho mexicano y derecho constitucional mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 1987, pp. 241-259.
107. “La administración de justicia”, *Revista, Órgano Trimestral de Difusión y Análisis de Materiales Jurídicos*, México, núm. 4, julio-septiembre de 1987, pp. 89-110.
108. “Relaciones del Poder Ejecutivo con el Poder Judicial en el ordenamiento mexicano”, *Órgano de Difusión y Análisis*, México, núm. 13, julio de 1988, pp. 5-11.
109. “El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial”, en el libro *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988, pp. 269-364.

110. “La naturaleza jurídica de las juntas de Conciliación y Arbitraje”, en el volumen *Cuestiones laborales. En homenaje al maestro Mozart Víctor Russomano*, México, UNAM, 1988, pp. 275-299.
111. “La independencia judicial en el ordenamiento mexicano”, *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente el señor licenciado Carlos del Río Rodríguez al terminar el año de 1988*, primera parte, pleno, vol. II, Mayo Ediciones, 1988, pp. 721-750.
112. “Relaciones del Poder Ejecutivo con el Poder Judicial en el ordenamiento mexicano”, en la última obra citada, pp. 753-773.
113. “La necesidad y legitimidad de la revisión judicial en la constitucionalidad de las leyes de América Latina. Desarrollo reciente”, en colaboración con Jorge Carpizo, *Studia Humanitatis. Homenaje a Rubén Bonifaz Nuño*, México, UNAM, 1987, pp. 75-103.
114. “Constitución y Estado social del derecho”, en el volumen *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, vol. V.: *La Constitución 70 años después*, México, UNAM, 1958, pp. 73-117.
115. “Optimismo y pesimismo en el derecho procesal mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 157-159, enero-junio de 1988, pp. 59-111.
116. “Setenta y cinco años de evolución del Poder Judicial en México,” en la obra *México 75 años de Revolución. Política*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1988, t. II, pp. 287-382.
117. “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 64, enero-abril de 1989, pp. 63-94.
118. “La justicia constitucional en América Latina”, en la obra *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. IV: *Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras y nacionales*, México, UNAM, 1989, pp. 451-532.
119. “Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, 1989, t. I, pp. 495-530.

120. “Derecho, Constitución y democracia”, *Revista del Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública*, México, diciembre de 1989, pp. 171-216.
121. “Principios jurídicos de la protección de los derechos humanos”, en el volumen *Simposio sobre el Estudio Comparado Constitucional de los Sistemas Jurídicos de la Supremacía Constitucional y de los Derechos Humanos. Memorias*, México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Embajada de México en Guatemala-Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, junio de 1989, pp. 85-99.
122. “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el derecho mexicano”, en la obra editada por James Frank Smith, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, t. I, pp. 133-190.
123. “La independencia judicial en el ordenamiento mexicano”, en el último volumen citado, pp. 379-398.
124. “La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje”, *Revista de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje*, México, enero-junio de 1990, pp. 121-150.
125. “Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano”, en el volumen colectivo *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, 1991, pp. 59-93.
126. “El papel del *ombudsman* en la protección de los intereses difusos”, en la obra *Simposio: Los Abogados Mexicanos y el Ombudsman. Memoria*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 71-84.
127. “Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón”, *Edición conmemorativa. Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 465-509.
128. “Algunas breves reflexiones sobre la defensa constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Anuario de El Colegio Nacional*, 1991, México, 1992, pp. 49-70.
129. “El *ombudsman* en México”, en el volumen *La experiencia del ombudsman en la actualidad. Memoria*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 147-152.

130. “Las recientes transformaciones del régimen presidencial mexicano”, en el volumen *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1992, pp. 215-260.
131. “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, en el volumen *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, pp. 253-301.
132. “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 107-196.
133. “El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, pp. 749-784.
134. “Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso electoral”, *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-UNAM, 1992, pp. 1-42.
135. “Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos”, *Memoria de El Colegio Nacional 1992*, México, El Colegio Nacional, 1993, pp. 43-75.
136. “El *ombudsman* y la responsabilidad de los servidores públicos”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, 1993, pp. 39-55.
137. “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (Breves reflexiones comparativas)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 77, mayo-agosto 1993, pp. 461-488.
138. “La institución del Ministerio Público y su carácter de representante social. Una revaloración”, en el volumen *La procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas*, México, Procuraduría General de la República, 1993, pp. 265-319.
139. “Algunas reflexiones sobre el Poder Judicial y el *ombudsman* en México”, en el volumen *El ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 187-221.

140. “El nuevo marco constitucional en materia penal”, en la obra *La importancia y perspectivas de las reformas penales*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1994, pp. 29-58.
141. “Ignacio Luis Vallarta, la incompetencia de origen y los derechos políticos”, en el volumen *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, pp. 19-39.
142. “La reforma penal de 1993-1994. Su influencia en el amparo”, *Criminalia*, año LX, núm. 1, México, enero-abril de 1994, pp. 71-104.
143. “La justicia constitucional latinoamericana”, en el volumen coordinado por José Luis Soberanes *Tendencias actuales del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1994, pp. 282-297.
144. “Constitucionalización del *ombudsman* en el ordenamiento mexicano”, en el volumen *La modernización del derecho constitucional mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993*, México, UNAM, 1994, pp. 147-188.
145. “Perspectivas del *ombudsman* en Latinoamérica”, *Revista de Derechos Humanos*, Hermosillo, núm. 7, octubre de 1994, pp. 253-266.
146. “La función actual del Poder Legislativo”, en el volumen *El poder legislativo en la actualidad*, México, Cámara de Diputados-UNAM, 1994, pp. 15-25.
147. “La necesidad de una Ley de Procedimiento Administrativo y de la responsabilidad de la administración pública en el Distrito Federal”, *Memoria de El Colegio Nacional 1993*, México, El Colegio Nacional, 1994, pp. 245-273.
148. “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, en el libro *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74. Reproducido en la *Revista de la Maestría en Derecho, Quinto Aniversario del Posgrado 1991-1996*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1997, pp. 17-30.
149. “La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, UNAM, 1996, pp. 499-510.
150. “Derecho comparado”, en el volumen *El derecho en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 38-62 y 118-148.

151. “Derecho procesal”, en el volumen *El derecho en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 38-62 y 118-148.
152. “Estudio preliminar”, a la obra de Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 7-69.
153. “Some Thoughts on Ombudsman and the Judicial Power in Mexico”, en el libro *Judicial Ombudsman, International Outlooks*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996, pp. 171-201.
154. “El Poder Judicial y el federalismo”, en el libro *Impulso al nuevo federalismo mexicano*, coordinado por Jacinto Faya Viesca, Querétaro, Asociación de Egresados del INAP de España, 1996, pp. 135-140.
155. “Los recientes cambios constitucionales en los ordenamientos de los antiguos países socialistas europeos”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1995, México, 1996, pp. 35-58.
156. “¿Constitución renovada o nueva Constitución?”, en la obra *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 80 Aniversario. Homenaje*, México, Comisión Plural Organizadora del LXXX Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-Senado de la República, LVI Legislatura-UNAM, 1997, pp. 89-115.
157. “Amparo y tutela”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1996, México, 1997, pp. 61-92.
158. “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, en la obra *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, Cámara de Diputados LVII Legislatura-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comité de Biblioteca e Informática, 1998, pp. 371-430.
159. “Significado actual del control constitucional en México”, en la obra *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, pp. 209-264.
160. “Los tratados internacionales y los derechos humanos”, en la obra *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998, pp. 317-359.

161. “Nuevas reflexiones sobre el Ministerio Público”, *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, 1998, pp. 1049-1087.
162. “Introducción al derecho procesal constitucional”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1997*, México, 1998, pp. 27-84.
163. “La justicia constitucional latinoamericana”, *Pemex-Lex, Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos*, 10o. Aniversario 1988-1998, julio-agosto de 1998, pp. 82-88.
164. “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, en la obra *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999, pp. 191-228.
165. “La defensa de la Constitución en México y en el pensamiento de Felipe Tena Ramírez”, en la obra *Estudios Jurídicos en Homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, pp. 123-184.
166. “La prueba en materia de amparo”, en la obra *XVI Congreso Mexicano de Derecho Procesal con Participación Internacional*, Guanajuato, Instituto Mexicano de Derecho Procesal-Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, 1999, t. III, pp. 59-67.
167. “Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano”, en la obra *Memoria de el Colegio Nacional, 1998*, México, 1999, pp. 67-100.
168. “Reflexiones sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos”, en la obra *Similitudes y divergencias entre los sistemas de protección de los derechos humanos. El caso de América y Europa*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2000, pp. 99-131.
169. “Acta Constitutiva y de Reformas de 1847”, en la obra coordinada por Patricia Galeana, *México y sus Constituciones*, México, Archivo General de la Nación-Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 229-240.
170. “Evolución del control constitucional en México”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, 2000, pp. 99-136.

171. “Hacia una nueva Ley de Amparo”, en la obra *Estudios de homenaje Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2001, pp. 287-338.
172. “Justicia constitucional y judicialización de la política”, en la obra *Sistemas de justicia electoral. Evaluación y perspectivas*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001, pp. 11-38.
173. “Los derechos humanos y la Corte Pernal Internacional”, en Covián González, Miguel A.(comp.), *La cumbre del milenio. Hacia donde van las Naciones Unidas*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Matías Romero, 2000, pp. 105-124.
174. “Naturaleza jurídica de las recomendaciones de las Comisiones de Derechos Humanos en México”, en la obra *Memoria del Quinto Congreso Anual de la Federación Iberoamericana del ombudsman*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 159-169.
175. “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, en la obra *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155.
176. “El hombre y la justicia”, en Bolívar Zapata, Francisco G. y Rudomín, Pablo (comps.), *Una visión integradoras. Universo, vida, hombre y sociedad*, México, El Colegio Nacional, 2001, pp. 461-477.
177. “Breves referencias al concepto y contenido del derecho procesal constitucional”, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001, pp. 93-125.
178. “Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en América Latina”, en la obra *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III: *Derechos humanos*, México, UNAM, 2001, pp. 3-26.
179. “Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, núm. 2, UNAM, 2002, pp. 11-50.

180. “El derecho de amparo mexicano y su proyección en los ordenamientos latinoamericanos. Instituciones similares y equivalentes (primera y segunda partes)”, *Estado de derecho y ciencias sociales. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*, núms. 1 y 2, enero-junio y julio-diciembre de 2002, pp. 7-38 y 155-175, respectivamente.
181. “El derecho de amparo mexicano y su proyección en los ordenamientos latinoamericanos. Instituciones similares y equivalentes”, *Memoria de El Colegio Nacional, 2001*, México, 2002, pp. 31-82.
182. “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales”, en la obra *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 201-238.
183. “La justicia administrativa en México”, en la obra *Conferencias Magistrales*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Defensoría Pública Federal, 2002, pp. 29-117.
184. “Derecho procesal”, en coautoría con José Ovalle Favela, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002, t. XI, pp. 671-831.
185. “La centralización jurisdiccional en el ordenamiento jurídico mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional, 2002*, México, 2003, pp. 37-86.
186. “Acta Constitutiva y de Reformas de 1847”, en Galeana, Patricia (coord.), *México y sus Constituciones*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Archivo General de la Nación, 2003, pp. 198-142.
187. “Breves consideraciones sobre el contenido y método del derecho procesal constitucional”, en la obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Secretaríos de la Suprema Corte de Justicia, 2003, t. I, pp. 269-301.
- 188 “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en la obra citada en el número anterior, t. IV, pp. 3363-3401.

189. “Relaciones entre tribunales locales y federales”, en la obra *Las entidades federativas y el derecho constitucional. Democracia y regulación electoral. Un verdadero federalismo*, México, UNAM, 2003, pp. 75-134.
190. “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, año I, núm. 1, México, 2004, pp. 141-180.
191. “Martínez Báez”, en la obra *ciencia y tecnología en México en el siglo XX*, México, Academia Mexicana de Ciencias, 2003, pp. 159-179.
192. “Presente y futuro del Ministerio Público en México”, en la obra coordinada por Miguel Carbonell, *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, 2004, pp. 15-57.
193. “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, pp. 801-860.
194. “Presente y futuro del Ministerio Público en México”, *Memoria de El Colegio Nacional, 2003*, México, 2004, pp. 93-134.
195. “Concepto y contenido de la justicia administrativa”, en la obra coordinada por David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, Derecho procesal*, México, UNAM, 2005, pp. 149-210.
196. “El juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 3, México, enero-junio de 2005, pp. 99-128.
197. “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en la obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 385-438.
198. “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en la obra citada en el número anterior, t. I, pp. 537-575.
199. “Las nuevas garantías constitucionales en el ordenamiento mexicano. Las controversias constitucionales y la acción de inconstitucio-

- nalidad”, *Memoria de El Colegio Nacional, 1994*, México, El Colegio Nacional, 2005, pp. 55-97.
200. “Posibilidades de innovación constitucional en las entidades federativas”, en la obra compilada por David Cienfuegos Salgado, *Constitucionalismo local*, México, Porrúa, 2005, pp. 157-181.
 201. “El Poder Judicial en la Constitución Federal de 1824”, en la obra coordinada por Diego Valadés y Daniel A. Barceló Rojas, *Examen retrospectivo del sistema constitucional mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*, México, UNAM, 2005, pp. 111-152.
 202. “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho constitucional procesal”, en el libro colectivo coordinado por Juventino V. Castro y Castro. *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005, pp. 95-117.
 203. “El requisito del control de la constitucionalidad en un Estado democrático de derecho”, en la obra *Décimo Aniversario de la Reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 25-66.
 204. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en el libro coordinado por José Ovalle Favela, *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, pp. 463-523.
 205. “El derecho de amparo en México”, en coautoría con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el libro coordinado por ambos autores, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung-UNAM, 2006, pp. 461-521.
 206. “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en el mismo libro citado en el número anterior, pp. 1105-1155.
 207. “Justificación conceptual de los Consejos de la Judicatura”, *Memoria 2005*, México, El Colegio Nacional, 2006, pp. 117-145.
 208. “Breves reflexiones sobre el contenido y concepto del derecho procesal constitucional”, en la obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, 2006, t. I, pp. 269-301.

209. “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en la misma obra señalada en el número anterior, t. IV, pp. 3363- 3401.
210. “Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional”, en la obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 39-67.
211. “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en la obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM.

4. Estudios y comentarios legislativos

1. “Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela de 5 de octubre de 1973”, *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 11, julio-septiembre de 1974, pp. 485-495.
2. “Comentarios a la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial Español de 10 de enero de 1980”, *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 32, México, enero-abril de 1981, pp. 261-268.
3. “Dos leyes latinoamericanas recientes sobre el gobierno de la judicatura. Colombia y Perú”, *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 34, septiembre-diciembre de 1981, pp. 885-893.
4. “Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal”, *Actualización Jurídica 1994*, México, 1994, pp. 67-106.

5. Artículos de revista y colaboraciones en obras colectivas publicadas en el extranjero

1. “Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano”, *Atti della Seconda Assamblea dell’Istituto di Diritto*

- Agrario Internazionale e Comparato*, Milán, Giuffrè, 1964, vol. I, pp. 371-429.
2. “Aportación al estudio del derecho procesal social”, en el volumen *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 497-526, y reproducido en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1965.
 3. “Algunos problemas procesales relacionados con el fideicomiso mexicano”, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, pp. 41-81.
 4. “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista Iberoamérica de Derecho Procesal*, pp. 393-469, reproducido en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, marzo-abril y mayo-junio de 1967, pp. 2-18 y 2-22, respectivamente.
 5. “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, pp. 60-111 (traducido al inglés, francés y alemán).
 6. “La eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano”, *Atti del 3o. Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 476-496.
 7. “Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano”, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagüés Laso*, Madrid, 1969, vol. III, pp. 1055-1139.
 8. “Judicial Protection of the Individual Against the Executive in Mexico”, *Gerichtsschutz gegen die Exekutive*, Köln-Nueva York, 1970, vol. 2, pp. 713-770.
 9. “Trends in Legal Learning in Mexico”, en colaboración con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Héctor Cuadra, Sergio García Ramírez, Leoncio Lara, Ricardo Méndez-Silva y Fausto E. Rodríguez García, *International Social Science Journal*, París, UNESCO, 1970, pp. 393-421 (publicado también en francés).
 10. “En torno a los problemas de la metodología del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Mérida, Venezuela, núm. 15, diciembre de 1967, pp. 5-49.

11. “Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela”, *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Fundación Rojas Astudillo, 1970, vol. II, pp. 335-390.
12. “Quelques aspects de la protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine”, *René Cassin amicorum discipulorumque Liber*, París, Pedone, 1971, vol. III, pp. 279-310.
13. “Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina”, *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 485-508.
14. “Problèmes actuels de l’armonisation et de l’unification des droits nationaux en Amérique Latine”, en colaboración con Héctor Cuadra (trad. de Nicole Daugreil), *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Copenhagen, sup. I, núm. 41, 1971, pp. 1-74.
15. “El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, abril-septiembre de 1971, pp. 361-408.
16. “Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales”, en la obra colectiva *Miscelanea W.J. Ganshof van Der Meersch*, Bruxelles-París, Bruylant, 1972, pp. 107-144.
17. “Protección procesal de los derechos humanos”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1972, pp. 413-474, reproducido en *Jus Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, núm. 21, 1973, pp. 11-70.
18. “La défense de l’individu face à l’administration au Mexique”, en el volumen colectivo *Travaux du Dixième Colloque International de Droit Comparé*, Ottawa, Canada, 1973, pp. 68-100.
19. “Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine”, trad. Monique Lions en la obra colectiva *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milán, Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana, 1973, pp. 31-99.
20. “Docencia en las facultades de derecho”, *Boletín de El Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, septiembre-diciembre de 1973, pp. 2-32.

21. “Breves réflexions sur l’objet et la nature des revues de droit comparé”, trad. de Monique Lions, *Revue International de Droit Comparé*, París, 1975, pp. 85-96.
22. “Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social”, en el volumen colectivo *Libro de homenaje a Luis Loreto*, Caracas, 1975, pp. 577-611.
23. “La ciencia del derecho en el último siglo: México”, en colaboración con Eugenio Hurtado, en la obra editada por Mario Rotondi, *Inchiesta di Diritto Comparato. La Scienza del Diritto nell’Ultimo Secolo*, Padova, Cedam, 1976, pp. 461-501.
24. “Verfassungskontrolle in Lateinamerika” (trad. al alemán por Hans-Dieter Nahme y Hans-Rudolf Horn), en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, 1976, pp. 649-693.
25. “México: el organismo judicial (1950-1975)”, *Verfassung und Recht in Uebersee*, Hamburgo, 1977, pp. 391-417.
26. “L’importance du droit comparé dans l’enseignement juridique”, trad. de Monique Lions, en el volumen *Rapports Généraux au IXe. Congrès International de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 109-155.
27. “Selección y nombramiento de jueces (Selection and Appointment of Judges)”, en el volumen colectivo *Toward a Justice with a Human Face*, Antwerpen-Deventer, Kluwer 1978, pp. 407-458; reproducido en *Revista de Derecho Procesal*, Santiago de Chile, año VII, núm. 12, 1977-1978, pp. 25-64.
28. “A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”, *California Western International Law Journal*, trad. de Carl E. Schwarz, San Diego, vol. 9, núm. 2, primavera de 1979, pp. 306-348.
29. “Las garantías colectivas e individuales en la Constitución mexicana ejemplificadas por el juicio de amparo”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1978, pp. 789-835.
30. “El derecho de amparo en México y en España. Su influencia reciproca”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 227-267.

31. “Breves reflexiones sobre los instrumentos de armonización jurídica en México y Latinoamérica”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, octubre-diciembre de 1979, pp. 283-309.
32. “Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica”, *El derecho. Jurisprudencia general*, Buenos Aires, 1979, t. 83, pp. 883-893.
33. “La función constitucional de organismo judicial en México y en España. I. Situación actual de la función jurisdiccional. II. El acceso a la justicia, el Ministerio Público y la reforma judicial”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núms. 10 y 11, julio-agosto, octubre-diciembre de 1979, pp. 25-57 y 37-62, respectivamente.
34. “Il diritto d’amparo in Messico e in Spagna. Influenze reciproche”, *Diritto e Società*, trad. al italiano de Paolo Saitta, Padova, núm. 2, 1979, pp. 233-262.
35. “La importancia teórica de la enseñanza del derecho comparado”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, julio-septiembre de 1980, pp. 203-223.
36. “El sistema presidencial y la división de poderes en el ordenamiento mexicano”, *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1980, t. I, pp. 223-315.
37. “Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-junio de 1980, *Estudios en honor de Eduardo J. Couture*, t. I, pp. 51-68.
38. “The Writ of Amparo in Latin America”, trad. de Carl E. Schwartz, *Lawyer of the Americas. University of Miami Journal of International Law*, vol. 13, núm. 39, diciembre de 1981, pp. 361-391.
39. “Problemas jurídicos de la administración de justicia federal y regional en México y en España”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, julio-agosto de 1982, pp. 7-43.
40. “Los tribunales constitucionales en Latinoamérica”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, enero-marzo de 1982, pp. 5-24.

41. “Los juristas españoles exiliados y la ciencia jurídica mexicana”, *Boletín del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, noviembre-diciembre de 1984, pp. 13-20.
42. “Algunos aspectos comparativos del juicio de amparo mexicano y el recurso de casación en la forma, del derecho panameño”, en el libro de Jorge Fábrega P., *Casación civil*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, 1985, pp. 527-564.
43. “A Global Survey of Governmental Institutions to Protect Civil and Political Rights”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 13, núm. 1, verano de 1983, pp. 1752.
44. “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, en el volumen editado por Giorgio Lombardi, *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, pp. 233-292.
45. “Amérique Latine”, en colaboración con Jorge Carpizo, en el libro *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, París, Aix-en-Provence, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986, pp. 119-151.
46. “El nacimiento de los derechos sociales en México”, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, diciembre de 1985-marzo de 1986, pp. 260-265.
47. “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en colaboración con Jorge Carpizo, *Revista Parlamentaria Panamericana*, Madrid, núm. 2, 1986, pp. 83-124.
48. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, en la obra colectiva *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Giuffrè, 1987, t. I, pp. 413-460.
49. “La democracia social y la Constitución mexicana”, en el libro colectivo *Modernas tendencias del derecho constitucional en España y América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 391-437.
50. “Algunos aspectos de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en América Latina”, en el volumen *Constitución y democracia en el Nuevo Mundo*.

Una visión panorámica de las instituciones políticas en el Continente Americano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pp. 131-167.

51. “Amparo”, voz en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1988, vol. II, pp. 3-5.
52. “El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado”, *Jus et Praxis*, Lima, diciembre de 1988, pp. 11-47.
53. “Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika” (trad. al alemán de Monika Reckhorn), en el libro editado por Hans-Rudolf Horn y Albrecht Weber, *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien un Portugal* (Control judicial constitucional en Latinoamérica, España y Portugal), Baden, Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, pp. 129-219.
54. “Recht, Verfassung und Demokratie”, en el volumen colectivo *Philosophie und Rechtstheorie in Mexiko* (*Filosofía y teoría del derecho en México*), editado por León Olivé y Fernando Salmerón, Berlín, Duncker und Humblot, 1989, pp. 28-59.
55. “La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 8, julio-diciembre de 1988, pp. 7-64.
56. “La regulación jurídica interna de los estados de excepción en el derecho constitucional latinoamericano comparado”, en colaboración con Héctor Gros Espiell y Daniel Zovatto, en *Coloquio sobre la protección jurídica internacional de la persona humana en situaciones de emergencia (México, 16-21 de marzo de 1987)*, San José, Costa Rica, 1990, pp. 7-28.
57. “John Henry Merryman and the Modernization of Comparative Legal Studies”, trad. de Francisco de Andrea, en el volumen editado por David S. Clark, *Comparative and Private International Law. Essays in honor of John Henry Merryman*, Berlín, Duncker und Humblot, 1990, pp. 25-47.
58. “Modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Ius et Praxis*, Lima, núm. 11, 1991, pp. 17-50.

59. “Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional”, *La jurisdicción constitucional*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1993, pp. 89-117.
60. “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1995, pp. 225-236.
61. “La Convención Europea de Derechos Humanos”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, núms. 81-83, 1993, pp. 135-143.
62. “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Suragadai Journal of Law and Politics*, trad. al japonés por Hitoshi Kitahara, Hano, primera parte, en núm. 1, 1993, pp. 17-50; segunda parte, marzo 1994, pp. 53-88.
63. “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional”, *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio internacional sobre derecho del Estado*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, t. II, pp. 521-558.
64. “Órganos de dirección y administración del Poder Judicial”, *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 1993, pp. 41-63.
65. “Gobierno y administración de los tribunales en América. El Consejo de la Judicatura”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 2, 1993, pp. 259-274.
66. “Evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, diciembre de 1992-mayo de 1993, pp. 34-36.
67. “La protección jurídica y procesal de los derechos humanos en los regímenes constitucionales latinoamericanos”, *Los derechos humanos en América*, Valladolid, Cortes de Castilla y León, 1994, pp. 279-319.
68. “Breves reflexiones sobre la justicia administrativa”, *Homenaje al profesor Eduardo Ortíz Ortíz*, San José, Colegio de Santo Tomás de Aquino-Universidad Autónoma de Centro América, 1994, pp. 493-522.

69. "Mexico. Constitutional Law", en colaboración con Héctor Fix-Fierro, en *International Encyclopedia of Laws*, Deventer, Kluwer, 1994, 104 pp.
70. "Los tribunales administrativos en el ordenamiento mexicano", *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios de homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993, t. III, pp. 2515-2532.
71. "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra editada por Rafael Nieto Navia, *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 147-188.
72. "Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina", *Contribuciones*, 2/1994, Buenos Aires, pp. 63-111; reproducido en *Anuario de Derechos Constitucional Latinoamericano*, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 45-112.
73. "El derecho de amparo en México y España", *Suragadai Journal of Law and Politics*, trad. al japonés de Hitoshi Kitahara, Hanno, vol. 8, núm. 2, marzo de 1995, pp. 1-41.
74. "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos. Essays in Honor, ensayos en honor de, Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207.
75. "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, España, vol. 5, núm. 1, 1996, pp. 131-174.
76. "Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo", *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, COPRE-CIEDLA, 1996, vol. I, pp. 43-104.
77. "La protección jurídica de los derechos humanos en Latinoamérica: hábeas corpus, amparo y ombudsman", *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva Iberoamericana*, dirigida por Eduardo

García de Enterría y Miguel Clavero Arévalo, Madrid, Fundación BBV-Civitas, 1997, pp. 601-633.

78. “La jurisdicción constitucional en México”, en colaboración con Jorge Carpizo y José Ramón Cossío, en la obra coordinada por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 745-804.
79. “Notas sobre el sistema interamericano sobre derechos humanos”, en la obra mencionada en el párrafo anterior, pp. 165-224.
80. “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano”, en el libro *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Domingo García Belaúnde)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Grijley, 1997, pp. 253-324.
81. “Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos”, *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*, Caracas, Nueva Sociedad, 1997, pp. 61-89.
82. “Los organismos jurisdiccionales de resolución de controversias internacionales y comunitarias”, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional*, Bruselas, Bruylant, 1997, t. I, pp. 337-374.
83. “Tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Comparative Law and Culture*, traducción al japonés por el Profesor Hitoshi Kitahara, sexto número, 1998, The Surugadai University Institute of Comparative Law, Azu, Hanno, Japón, pp. 127-146.
84. “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, *Memorias. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, pp. 805-858.
85. “Los recientes cambios constitucionales en los ordenamientos de los antiguos países socialistas europeos”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, Universidad Brasilia, enero-diciembre de 1997, pp. 143-160.
86. “La Suprema Corte y el Juicio de Amparo”, primera parte, traducción al japonés por el Prof. Hitoshi Hitahara, en la Revista *Surugadai*

- Journal of Law and Politics*, vol. 12, núm. 1-2, Surugadai University, Japón, pp. 1-32 (190-159), 1999.
87. "Introducción al derecho procesal constitucional", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, núm. 1, octubre de 1999, pp. 15-69.
 88. "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales", en la obra *Transnational Aspects of Procedural Law, International Association of Procedural Law, X World Congress on Procedural Law, Taormina, 17-23 September 1995, General Reports*, Università de Catania, Milán, Giuffrè Editore, 1998, t. 1, pp. 181-311.
 89. "Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicano y su protección internacional", *Revista Jurídica de Macau*, número especial sobre *O Direito de Amparo e Direito Comparado*, Macau, Asia, 1999, pp. 11-56.
 90. "La justicia Constitucional y la judicialización de la política", *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho constitucional Comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 559-591.
 91. "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional", *Anuario de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 3, 1999, pp. 98-119.
 92. "The European and Inter-American Courts of Human Rights. A Brief Comparison", *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Protecting Human Rights: The European Perspective*. Mélanges á la mémoire de Studies in memory of Rolv Rysdal, obra editada por Paul Mahoney, Franz Matscher, Hebert Petzhold y Luzius Wildahuer, Köln-Berlín, Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 507-533.
 93. "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XVI. Memoria del Seminario* noviembre de 1999, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. I, pp. 197-215.
 94. "Aproximación al examen de la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano", *Estudios de teoría del*

- Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (directores Raúl Morodo y Pedro de Vega), Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, t. II, 2001, pp. 951-981.
95. “La proyección procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de 1994”, *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-homenaje a Germán Bidart Campos*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Editorial Jurídica Grijley, 2002, pp. 493-531.
 96. “El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jornadas de Derecho Internacional*, Washington, D. C., Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 2002, pp. 287-310.
 97. “Reflexiones sobre la función constitucional de la oposición política en el ordenamiento mexicano”, *Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, núm. 54, diciembre de 2001, pp. 141-175.
 98. “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Ecuador, Universidad Carlos III de Madrid, 2002, pp. 247-297.
 99. “La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 6, Madrid, 2002, pp. 87-142.
 100. “Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España”, *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, vol. II, pp. 1557-1613.
 101. “La teoría de Allan R. Brewer Carías sobre el derecho de amparo latinoamericano y el juicio de amparo mexicano”, *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. I, pp. 1125-1163.
 102. “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais*, Brasil, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 77-112.

103. “Breve introducción al concepto de leyes orgánicas constitucionales”, *Visión Iberoamericana del tema constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2003, pp. 479-514.
104. “La reforma judicial en México. Una propuesta”, en el libro editado por Jorge Reinaldo Vanossi, *Propuesta de una reforma judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 223-276.
105. “El derecho de amparo. Una contribución de Latinoamérica a la protección procesal de los derechos humanos”, *Os ramos de direito internacional dos direitos humanos. Ensayos de homenagem ao professor Antonio Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Favris Editor, 2005, t. III, pp. 79.147.
106. “Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais*, Brasil, julio-diciembre de 2005, pp. 11-54.
107. “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica “, en la obra editada por Javier Pérez Royo, Joaquín Pablo Urías Martínez y Manuel Carrasco Durán, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Elcano (Navarra), España, Thomson Aranzadi, t. I, 1727-1746.
108. “La sentencia constitucional”, en coautoría con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 12, 2008.

6. Traducciones

Libros

1. Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, Buenos Aires. EJEA, 1960, 237 pp.
2. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961, 128 pp.
3. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, 369 pp. (varias reimpresiones).

4. Russomano, Mozart, Víctor, *La estabilidad del trabajador en la empresa*, en colaboración con José Dávalos Morales, México, UNAM, 1981. 210 pp.
5. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las Constituciones modernas y 1988-1990: Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados socialistas del Este europeo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 716 pp.

Artículos y ensayos

1. Cappelletti, Mauro, “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 153-189.
2. Calamandrei, Piero, “Corte Constitucional y autoridad judicial”, *Boletín de Información Judicial*, México, octubre y noviembre de 1956, pp. 689-698, 753-774.
3. Cappelletti, Mauro, “La voz «amparo» en la Enciclopedia del Diritto”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 63-67.
4. Stella Richter, Mario, Theo Ritterspach y Heinz Schuster, “La organización y funciones de la Corte Constitucional y de la Corte Federal de Alemania Occidental”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 31-32, julio-diciembre de 1958, pp. 285-304.
5. Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional en Italia”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 41-57, y en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 151-168.
6. Tullio Liebman, Enrico, “La carrera judicial en el ordenamiento italiano”, en la misma revista citada en el punto anterior, pp. 403-406.
7. Cappelletti, Mauro, “Valor actual del principio de la oralidad”, en la misma *Revista de la Facultad de Derecho de México*, pp. 701-707, y en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo*, Valencia, Venezuela, t. 3, 1960, pp. 5-15.

8. Othón Sidou, J.M, “La aeronave es un bien registrable”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 52, octubre-diciembre de 1963, pp. 975-980.
9. Cappelletti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado” (en colaboración con Cipriano Gómez Lara), *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 60-61, octubre-diciembre de 1965 y enero-marzo de 1966, pp. 889-918 y 27-67, y publicado posteriormente como libro, UNAM, 1966, 118 pp.
10. Secci, Mauro, “Lineamientos constitucionales y procesales del juicio de amparo mexicano”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 60, septiembre-diciembre de 1967, pp. 461-487.
11. Pinto Ferreira, Luiz, “El sistema federal brasileño”, en el volumen colectivo *Los sistemas federales del continente americano*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1972, pp. 119-216.
12. Oppetit, Bruno, “La ayuda judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, pp. 387-401.
13. Cappelletti, Mauro, “La Universidad Europea. El Departamento Jurídico”, *Deslinde*, México, UNAM, núm. 59, 1974, 23 pp.
14. Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Las formas de Estado en la época moderna”, *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 15-49.
15. Pinto Ferreira, Luiz, “El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina”, en el volumen colectivo del mismo nombre, México, UNAM, 1977, pp. 25-64.
16. Hazard, John N., “Informe sobre 75 años de evolución del derecho comparado en los países anglosajones y socialistas”, en el volumen colectivo *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II: *Historia del derecho y derecho comparado*, México, UNAM, 1979, pp. 101-153.
17. Sidou, J. M. Othon, “Las nuevas figuras del derecho procesal brasileño: mandado de injunção, y hábeas data”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 70, enero-abril de 1991, pp. 169-187.

VI. ACTIVIDADES DOCENTES

1. *Cursos regulares*

1. Profesor de asignatura nivel B, de “Derecho de amparo”, en la licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM, ininterrumpidamente desde el año de 1964, hasta 1996.

2. Profesor de asignatura en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad de Derecho de la UNAM, a partir de 1966, en que ha impartido varias materias, tales como “Problemas procesales del derecho privado”, “Derecho comparado”, “Defensa de los particulares frente a la administración”, “Teoría del proceso laboral” y “Poder Judicial”, hasta 1994.

2. *Cursos anuales*

Como miembro de El Colegio Nacional, a partir de 1974 hasta 1994, en que se le consideró como miembro jubilado, sobre diversas materias jurídicas, especialmente derecho procesal, derecho constitucional y derecho comparado.

3. *Conferencias*

En numerosas escuelas y facultades de derecho del país, así como también en el extranjero, particularmente en América Latina, Universidades San Carlos de Guatemala, de Costa Rica, Autónoma de Honduras, de los Andes Carabobo y Central de Venezuela; Buenos Aires, La Plata, Mendoza y Córdoba, Argentina; Externado de Colombia; Católica de Río de Janeiro; Central de Ecuador; Complutense de Madrid, de Salamanca, Barcelona, Sevilla, Valencia, Valladolid, Santiago de Compostela y Granada, España; Florencia y Perugia, Italia; Austin, Texas, Estados Unidos; Munich y Hamburgo, República Federal de Alemania, entre otras.

VII. DIVULGACIÓN ACADÉMICA

1. Publicación en revistas mexicanas y extranjeras especializadas, de numerosas reseñas bibliográficas y hemerográficas sobre libros y artícu-

los jurídicos, así como la elaboración de prólogos e introducciones de varios libros y monografías.

2. Asistencia a numerosos congresos, simposia y coloquios sobre disciplinas jurídicas tanto en México como en el extranjero, figurando en varios de ellos como ponente general de los temas discutidos.

VIII. DISTINCIONES ACADÉMICAS

1. *Asociaciones científicas*

1. Miembro de la Academia de la Investigación Científica, actualmente Academia Mexicana de Ciencias (12 de septiembre de 1962).
2. Socio fundador del Instituto Mexicano de Derecho Procesal (marzo de 1962).
3. Miembro del Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato (31 de diciembre de 1964).
4. Secretario del Comité Mexicano de Derecho Comparado (enero de 1965).
5. Miembro honorario del Instituto Español de Derecho Procesal (4 de noviembre de 1965).
6. Socio numerario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (29 de junio de 1970).
7. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Ciencia Política.
8. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con motivo del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, México, 25-30 de agosto de 1975, ratificado en el cargo en el Segundo, Tercero, Cuarto Quinto y Sexto Congresos en las ciudades de México, Madrid, Querétaro y Santa Fe de Bogotá, Colombia; designado *presidente honorario vitalicio* en el VII Congreso realizado en México, en febrero de 2002, efectuados también en la ciudad de México en mayo de 1980 y noviembre de 1985.
9. Miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia (enero de 1977), y actualmente numerario.

10. Miembro correspondiente de la Academia Brasileira de Ciências Jurídicas (27 de diciembre de 1977).
11. Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina (23 de mayo de 1979).
12. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Argentina. Recepción solemne 12 de marzo de 1980.
13. Miembro de la Unión de Profesores para el Estudio del Derecho Procesal Internacional, Comparado y de Arbitraje (*Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schiedsgerichtswesen*), con sede en el Instituto para el Estudio del Derecho Procesal Alemán y Extranjero de la Universidad de Würzburg, República Federal de Alemania, según comunicación del 22 de julio de 1980.
14. Miembro emérito de la Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, con sede en San José, Costa Rica, según comunicación del 28 de abril de 1982.
15. Miembro honorario del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Abogados, de acuerdo con la comunicación del 30 de septiembre de 1982.
16. Miembro corresponsal del Instituto de Derecho Parlamentario del Senado de la Nación Argentina, a partir de mayo de 1988.
17. Miembro del Consejo Consultivo de Ciencias, constituido el 7 de febrero de 1989.
18. Coordinador de la Consulta Popular sobre Administración de Justicia, organizada por la Procuraduría General de la República el 16 de febrero de 1989.
19. Miembro corresponsal de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, a partir de julio de 1989.
20. Miembro titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París, Francia, según comunicación del 30 de junio de 1994.
21. Miembro Correspondiente del Instituto de Investigaciones sobre el Nuevo Estado, de la Universidad de Belgrano de Buenos Aires, a partir del 30 de abril de 1999.

22. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (desde su creación en Rosario, Argentina, 2003, con motivo de las I Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional).
23. Nombramiento de miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina Diploma suscrito en Buenos Aires, el 10 de mayo de 2006.

2. Distinciones y premios

1. Premio de la Academia de la Investigación Científica correspondiente al año de 1963.
2. Designado miembro de El Colegio Nacional, toma de posesión el 23 de octubre de 1974.
3. Profesor honorario de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú, según resolución rectoral número 69075 del 3 de agosto de 1982.
4. Premio Nacional de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía, entregado en ceremonia celebrada el 11 de noviembre de 1982.
5. Doctor *honoris causa* de la Universidad de Sevilla, España. Ceremonia de investidura efectuada el 11 de abril de 1984.
6. Mesas redondas con motivo del trigésimo aniversario como investigador universitario, efectuadas en el Auditorio Mario de la Cueva de la Coordinación de Humanidades los días 22 a 24 de octubre de 1986, con participación de juristas nacionales y extranjeros.
7. Profesor honorario de la Universidad Externado de Colombia. Ceremonia efectuada en Bogotá el 6 de noviembre de 1986.
8. Otorgamiento de su nombre al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Querétaro, marzo de 1986.
9. Premio internacional conferido por la UNESCO sobre enseñanza de los derechos humanos, recibido en París, el 10 de diciembre de 1986.
10. Presea “José María Luis Mora”, del Estado de México, entregada en Toluca el 2 de marzo de 1987.

11. Designado investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por acuerdo del Consejo Universitario del 8 de mayo de 1987.
12. Entrega de la medalla “Jesús Silva Herzog” por el delegado de Coyoacán, Distrito Federal, el 22 de mayo de 1987.
13. *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, t. I: *Derecho constitucional*, t. II: *Derecho comparado*, t. III: *Derecho procesal*, México, UNAM, 1988, total 2502 pp.
14. Jurado del premio internacional de la UNESCO sobre enseñanza de derechos humanos, a partir de mayo de 1988 y por un periodo de cuatro años.
15. Designado Padrino de la Generación de egresados en 1989 de la licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, en Mexicali, ceremonia el 2 de febrero de 1989.
16. Nombrado Padrino de la Generación de egresados en 1989 de la licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, ceremonia el 30 de junio de 1989.
17. Medalla al Mérito Universitario en el campo de la investigación, otorgada por las Asociaciones Autónomas del Personal Académico de la UNAM (18 de mayo de 1990).
18. Otorgamiento de su nombre a la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Veracruz, marzo de 1991.
19. Otorgamiento de su nombre al Auditorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el 4 de septiembre de 1991.
20. Premio Universidad Nacional 1991, Investigación en Ciencias Sociales, entregado el 18 de noviembre de 1991.
21. Doctorado *honoris causa* de la Universidad de Colima, otorgado el 14 de febrero de 1992.
22. Cátedra Patrimonial nivel I, otorgada por la Secretaría de Educación Pública y el Conacyt el 20 de enero de 1993.
23. Padrino de la primera generación de egresados de la especialidad en derecho de amparo, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colima, 18 de febrero de 1994.

24. Padrino de la primera generación de egresados del Diploma sobre Derecho Comparado México-Estados Unidos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, 28 de mayo de 1994.
25. Medalla “Ezequiel Montes Ledezma”, del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, entregada en ceremonia del 4 de octubre de 1994.
26. Premio Nacional de Jurisprudencia, otorgado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, entregado en ceremonia del 14 de diciembre de 1994.
27. Nombramiento de Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores, comunicación del 12 de marzo de 1996.
28. Concurso de Derecho Constitucional “Héctor Fix-Zamudio”, para los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, 23 al 25 de mayo de 1996; y 14-16 de mayo de 1998.
29. Descubrimiento de la placa con el nombre de Héctor Fix-Zamudio en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, en la ciudad de Jalapa, 31 de mayo de 1996.
30. Distinción al Mérito Jurídico don Manuel Crescencio Rejón, 1996, otorgada por la Generación de Abogados 1971-1976 de la Universidad de Guadalajara, entregada el 25 de octubre de 1996.
31. Premio de Derechos Humanos José María Morelos y Pavón, otorgado por la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, entregado el 11 de diciembre de 1996, en la ciudad de México.
32. Establecimiento de la cátedra “Héctor Fix-Zamudio”, sobre “Sistema de Procedimientos Constitucionales”, en el Centro Universitario México, División de Estudios de Posgrado. Ceremonia Inaugural el 29 de abril de 1997.
33. Designado miembro del Consejo Consultivo del Instituto Brasileño de Derechos Humanos, comunicación del 11 de agosto de 1997.
34. Premio “Juchimán de Plata por Derechos Humanos y la Paz”, conferido por la Fundación del mismo nombre y la Universidad Autónoma de Tabasco. Ceremonia de entrega en la ciudad de Villahermosa el 28 de noviembre de 1997.

35. Otorgamiento de Medalla de Oro por los ochenta años de la Constitución, por el Senado de la República, el 12 de febrero de 1998.
36. Otorgamiento del doctorado *honoris causa* por la Universidad Externado de Colombia, ceremonia efectuada en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, Colombia, el 16 de abril de 1998.
37. Designación como Consejero de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a propuesta del presidente de la República y aprobación del Senado Federal el 6 de abril de 1998.
38. Designación como miembro titular de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías de las Naciones en la ciudad de Ginebra, Suiza, por la elección efectuada por la Comisión de Derechos Humanos de las propias Naciones Unidas, el 9 de abril de 1998.
39. Nombramiento por el Consejo de la Judicatura Federal como miembro del Consejo Directivo del Instituto de la Defensoría Pública del Poder Judicial de la Federación, toma posesión el 7 de octubre de 1998.
40. Obra *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con apoyo de la Unión Europea, San José Costa Rica, 1998, 2 vols. 1592, pp. Entregado en el Salón Panamericano de la OEA, en Ceremonia Solemne el 13 de octubre de 1998.
41. Miembro correspondiente del Instituto de Investigaciones sobre el Nuevo Estado, de la Universidad de Belgrado de Buenos Aires, Argentina, el 30 de abril de 1999.
42. Doctorado *honoris causa* de la Pontificia Universidad Católica de Perú, en la ciudad de Lima, Ceremonia de Investidura el 2 de mayo de 2001.
43. Diploma de Méritos Académicos otorgado por el embajador de la República de Nicaragua en México y por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de ese país, en ceremonia celebrada en el residencia de dicha Embajada el 29 de noviembre de 2001.
44. Doctorado *honoris causa* por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Ceremonia de Investidura el 5 de septiembre de 2002.

45. Medalla Belisario Domínguez, otorgada por el Senado Federal y entregada por el presidente de la República en ceremonia del 10 de octubre de 2002.
46. Doctorado *honoris causa* por las Universidad Complutense de Madrid. Ceremonia de Investidura el 9 de abril de 2003.
47. Placa con su nombre en un salón del Edificio de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Ceremonia el 11 de septiembre de 2003.
48. Medalla al Mérito Académico, otorgado por la Asociación Autónoma del Personal Académico de la UNAM, entregada por el rector de la UNAM el 11 de mayo de 2004.
49. VII Premio Internacional “Justicia en el Mundo” otorgado por la Fundación Justicia en el Mundo de la Unión Internacional de Magistrados, entregado por el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, en la ciudad de Madrid en ceremonia del 7 de julio del año 2004.
50. Homenaje de la Comisión Nacional de Derechos Humanos con motivo del octogésimo aniversario de su nacimiento, el 3 de septiembre de 2004, en el Centro de Derechos Humanos de la misma Comisión.
51. Homenaje del Instituto Nacional del Derecho de Autor a los profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM que han publicado obras jurídicas. Casa del Risco en la Delegación Álvaro Obregón, el 8 de septiembre de 2004.
52. Entrega del Premio “Tepantlató” por la Asociación de Ciencias Jurídicas de los Egresados del Departamento de Derecho de la Facultad de Estudios Profesionales Aragón de la UNAM, en el Castillo de Chapultepec, el 29 de octubre de 2004.
53. Premio otorgado por la Universidad Latinoamericana de la ciudad de México, 26 de mayo de 2005.
54. Otorgamiento del Premio Internacional “Héctor Fix-Zamudio”, por el jurado respectivo al Profesor Joseph Raz, de la Universidad de Oxford, Inglaterra, el 27 de junio, y Conferencias con ese motivo, del 28 de junio al 1o. de junio de 2005, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

55. Aparición del libro coordinado por José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz, intitulado *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (con especial referencia al derecho procesal constitucional)*, con patrocinio de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Universidad Autónoma de Nuevo León, Lima, Perú, Editorial Jurídica Grijley, 2005, 232 pp. Primera reimpression de dicha obra editada en México por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, aparecida en octubre de 2005.
56. Entrega del Premio Internacional “Héctor Fix-Zamudio” al profesor Ronald Dworkin, en el auditorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 23 de noviembre 2006.
57. Entrega de la Medalla “Lic. Constancio Sánchez Arvide”, sobre la Trayectoria Académica en el Campo de las Ciencias Sociales, entregado por las autoridades de la Universidad de Guadalajara, en la ciudad del mismo nombre, el 27 de noviembre 2006.
58. Entrega de la Medalla “Héctor Fix-Zamudio” al profesor Luigi Ferrajoli, en el Auditorio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, edición 2007.
59. Recibió el doctorado *honoris causa* por el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán, el 12 de noviembre de 2007.

La autoridad del Maestro Héctor Fix-Zamudio

Yo no tuve la suerte de recibir clases del maestro Fix-Zamudio, ni de que me dirigiera la tesis doctoral, ni de hacer algún trabajo en coautoría con él, por lo que no puedo considerarme propiamente un discípulo suyo en el sentido académico. Pero he aprendido mucho de él en nuestra convivencia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Cuando llegué al Instituto, en 1980, el maestro Fix-Zamudio ya había dejado de ser el director y lo era entonces un discípulo suyo, Jorge Carpizo. Desde entonces me llamó la atención que el maestro Fix era el punto de referencia de todos los investigadores. Era la persona a quienes todos respetaban y escuchaban, con cuyas opiniones se resolvían los problemas difíciles, era quien discreta pero efectivamente nos daba estímulo y afecto.

Podría pensarse que la influencia del doctor Fix-Zamudio en la comunidad académica era resultado de la posición que había tenido como director y casi re-fundador del Instituto, por lo que cabría esperar que pasado un cierto tiempo se acabaría su influencia política. Pero no fue así. Vino un nuevo director, y otro y otro más, y el maestro Fix-Zamudio seguía siendo, y lo es ahora, el punto de referencia de la comunidad académica, el maestro a quien se pide consejo, el impulsor de los jóvenes investigadores, el autor que se cita con satisfacción y cuyas palabras suelen parecernos un argumento definitivo.

¿A qué se debe esa influencia, es reconocimiento estable y permanente o autoridad que tiene Fix-Zamudio en el Instituto? Sin duda que un factor decisivo es su calidad intelectual, su profunda inteligencia, su vasta erudición que comprende el conocimiento profundo del derecho constitucional mexicano y de muchos otros países, especialmente de lengua española, y lo acertado y oportuno de sus conclusiones, mismas que se han cristalizado en reformas positivas del Poder Judicial mexicano. Es un autor reconocido en su campo, de esos que tienen que ser citados cuando

se trata de algún tema que él ha estudiado. Su saber reconocido le confiere la autoridad propia de un maestro.

Pero no es solo el saber lo que ha hecho del maestro Fix-Zamudio un pilar, o mejor dicho el pilar del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Su personalidad o forma de ser es especialmente atractiva. Es un hombre sereno que transmite paz y afecto a quienes lo tratan. He tenido la fortuna de colaborar junto con él en diversas comisiones evaluadoras. En esa convivencia me he dado cuenta más claramente de esas pequeñas y grandes cualidades de un hombre de su talla: siempre llega a tiempo a las sesiones, se retira hasta que concluyen, a todos los integrantes de la comisión nos trata bien, con respeto y afecto, no manifiesta prejuicios a favor o en contra de las personas cuyos expedientes se examinan, vierte su opinión clara y precisa en pocas palabras, sabe aligerar la sesión con algún comentario gracioso, evita las confrontaciones personales, manifiesta sus vínculos con las personas examinadas cuando pudieran comprometer su objetividad, sabe, en fin, hacer lo necesario para que los trabajos adelanten y la sesión concluya exitosamente.

Me parece que la gran autoridad de que goza el maestro Fix-Zamudio en el Instituto y en la Universidad Nacional tiene, aparte de su saber, este otro fundamento, su probada bondad. Don Héctor es, en el sentido más pleno y a la vez sencillo que tiene esta expresión, un hombre bueno. Alguien que hace bien a quienes lo tratan sin tener la pretensión de cobrar el favor de alguna manera. Esto lo constatamos quienes lo hemos tratado: quien lo busca para algo no sale con las manos vacías, quizá no reciba lo que buscaba, pero sí experimentará el trato amistoso que sabe dar a todos.

Hay otro factor que contribuye a su autoridad, y es precisamente el que conmemoramos en este libro de homenaje, su fidelidad y constancia en el trabajo académico. Él es un servidor de la Universidad, y no alguien que se sirve de ella para promocionarse profesional o políticamente. Él, desde que tomó la decisión de dedicarse al trabajo académico, no lo ha dejado, y ha preferido soportar las limitaciones económicas y sociales que tiene esta profesión en México y seguir con el servicio a las inteligencias y a la cultura mexicana, que encumbrarse en alguna posición política o profesional que lo hiciera rico y poderoso. Es así un modelo de lealtad a la Universidad, y una prueba fehaciente de que la profesión de investigador y maestro universitario es, para los jóvenes,

un camino viable y encomiable, no obstante sus claras desventajas económicas y políticas.

La autoridad del maestro Fix-Zamudio se nutre de su saber, de su bondad y de su lealtad a la Universidad. Es un capital precioso del Instituto de Investigaciones Jurídicas y guía de nuestra vida académica.

Jorge ADAME GODDARD*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Barcelona, 31 de mayo de 2007

Estimados colegas:

Es un honor sumarnos al homenaje al profesor Fix-Zamudio, adhesión que realizo en nombre del Consejo Directivo de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE) y en representación de todos sus afiliados. A través de la comisión promotora del libro homenaje que se está preparando, deseamos expresar nuestra admiración y respeto por su trabajo y su trayectoria intelectuales.

No tendría ningún sentido intentar resumir siquiera los méritos del respetado profesor iberoamericano, porque son bien conocidos por la comunidad científica de ambos lados del océano, pero eso no excluye que manifestemos nuestro aprecio por sus dotes de profesor y de investigador en el campo del derecho. Como investigador fue pionero de los estudios sobre el amparo y, más en general, del derecho procesal constitucional y es autor de muchas y célebres publicaciones. Como profesor ha guiado a numerosos investigadores mexicanos, y dirigió el reconocido Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; como jurista, en definitiva, ha sido magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sus vínculos con España son antiguos y sus méritos —especialmente, si cabe, su actividad como miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional— han recibido múltiples reconocimientos, entre los que quisiera destacar su nombramiento como doctor *honoris causa* por las Universidades Complutense de Madrid y de Sevilla.

Estas breves ideas solo pretenden explicar nuestros sentimientos y son un reflejo mínimo del aprecio que deseamos expresar con ocasión del homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio. Ciertamente son breves, pero tam-

poco una mayor extensión podría manifestar mejor la dimensión de su trayectoria intelectual. Sumen, pues, a todas las demás felicitaciones este reconocimiento claro y sincero de la Asociación de Constitucionalistas de España.

Un saludo muy cordial.

Eliseo AJA*

* Presidente de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), España.

El Maestro viajero

Ante todo, quiero expresar mi profunda satisfacción por contribuir con esta breve carta al merecido libro homenaje al profesor doctor Héctor Fix-Zamudio, que ha dedicado su vida —con dignidad y nobleza, con constancia y dedicación— a la Universidad. En efecto, a mi modo de ver, el doctor Fix-Zamudio ha desarrollado su generosa actividad profesional en el sentido amplio y global que la institución universitaria —*universitas*— demanda: docencia, investigación y gestión. Todo ello unido al necesario acercamiento a la realidad jurídica que el complejo mundo del derecho procesal constitucional exige mediante el ejercicio riguroso de la profesión.

Asimismo, expreso mi sincero reconocimiento al homenajeado por su afán en la búsqueda —en sus inicios, de forma pionera y casi solitaria— de la justicia constitucional en el difícil equilibrio entre los intereses del Estado, el poder y el derecho. Gracias maestro Fix-Zamudio, universitario íntegro, profesional honrado, *vir bonus*.

Por tantos y loables méritos quiero hacer patente con esta carta mi prueba de respeto y admiración al profesor Fix-Zamudio. En particular, quiero narrar, por una parte, una inolvidable vivencia y, por la otra, una enriquecedora experiencia personal que tuve oportunidad de disfrutar siendo protagonista el maestro Fix-Zamudio. Ambas tienen la característica común que se produjeron en viajes que el maestro Fix-Zamudio realizó. Uno internacional, el otro nacional, lo cual es la prueba fiel de que su magisterio y su reconocido prestigio no se quedaban en la capital del país, sino que su eco universitario traspasaba cualquier frontera. Ello acredita, también, que a Don Héctor siempre le movía la idea del servicio a la admirable tarea de la docencia, y el servicio a la comunidad jurídica.

La vivencia tuvo lugar —perdón al maestro por no recordar el día exacto— entre los años 1992-1994, en la Universidad de Salamanca,

España. Cursaba yo el bienio escolar del doctorado en aquella Universidad castellana, una de las más antiguas del mundo. Al saludarlo ese día, fue mi primer contacto personal con Don Héctor, al que hasta entonces conocía, únicamente, por sus trabajos científicos.

Resulta que un amigo argentino me comentó al salir de clase que había visto un cartel que publicitaba una conferencia magistral sobre derechos humanos de un profesor mexicano, de apellido Fix-Zamudio. Sorprendido, me informó que la conferencia iba a tener lugar en el *Aula Magna* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, lo cual era muy poco común, ya que casi nunca los profesores latinoamericanos tenían el privilegio de asistir como ponentes al *Aula Magna*, que representaba el máximo foro académico de esa casa de estudios. De hecho, en los casi tres años que estudié en dicha Universidad, fueron rarísimos los eventos celebrados en tan solemne recinto. Además, mi amigo me advirtió que las conferencias de profesores latinoamericanos solían estar poco concurridas, ya que para los españoles tenían escaso interés la legislación y la doctrina de los países de este lado del Atlántico.

Sin embargo, en lo personal me dio mucho gusto saber que un profesor mexicano dictaría una conferencia magistral en el *Aula Magna* de la Universidad de Salamanca. Por ello, me apresuré a buscar el cartel para conocer el día y la hora de la conferencia. Ese día acudí puntualmente a la conferencia del maestro Fix-Zamudio, sin darle mucha importancia al comentario de mi amigo.

Mi sorpresa —y la de mi amigo que al final convencí de asistir— fue enorme. En primer lugar, porque el profesor Héctor Fix-Zamudio llegó acompañado del doctor José Luis Cascajo Castro, catedrático de derecho político y entonces director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Salamanca. Noté de inmediato que entre ellos había una magnífica y añeja relación, lo que me hizo ver el talento personal y el valor de la amistad del maestro Fix-Zamudio. En segundo lugar, porque el *Aula Magna* estaba llena a su máxima capacidad. Recuerdo perfectamente que había estudiantes de licenciatura y de posgrado interesados en conocerlo y en escuchar su conferencia sobre los derechos humanos.

El maestro Fix-Zamudio dictó una auténtica conferencia magistral. Expuso con brillantez excepcional el tema a tratar. Mantuvo a la asisten-

cia atenta e interesada en sus comentarios e ideas. Al final de su exposición escuché un fuerte aplauso, general y muy caluroso. Esto me emocionó mucho como mexicano.

Por otro lado, la experiencia personal con el maestro Fix-Zamudio fue unos años después, creo que en el año 1999, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la presidencia del ministro Genaro David Góngora Pimentel, organizó una consulta nacional a fin de recibir de todos los juristas de México propuestas que permitieran elaborar una nueva Ley de Amparo.

Concluida la consulta nacional, el alto tribunal acordó organizar un foro en la ciudad de Mérida, Yucatán, con el propósito de dar a conocer las propuestas principales y de mayor importancia para la actualización de la legislación reguladora del juicio de garantías. Al maestro Fix-Zamudio le correspondió coordinar una de las mesas de trabajo siguiendo la temática que previamente él había aprobado y a mi me tocó el honroso papel de ser secretario del maestro Fix-Zamudio. En realidad, mi trabajo se simplificó enormemente por las precisas instrucciones del maestro Fix-Zamudio y las líneas de organización que oportunamente estableció para resumir las ponencias que moderaba, así como para redactar las conclusiones de esa mesa de trabajo. Al final del evento, debido a su éxito, se reconoció por todos el excelente trabajo del profesor Fix-Zamudio.

La vivencia y experiencia personal narradas anteriormente, me permiten descubrir y destacar otra de las facetas profesionales del maestro Fix-Zamudio: al maestro viajero, al maestro con alas, que acudía a diferentes foros, nacionales e internacionales, para dar a conocer su doctrina científica, su amplitud de conocimientos sobre el derecho procesal constitucional y, sobre todo, su calidad humana y espíritu de servicio en beneficio de la justicia constitucional.

Los viajes, a pesar del asedio geográfico que suponen, ponían de manifiesto con claridad su vivo sentimiento de la necesidad de una proyección de su enseñanza hacia retos profesionales y reformas legales que la constante evolución jurídica exigía y exige.

Finalmente, termino señalando que tantas circunstancias felices justifican mi satisfacción en expresar al maestro Héctor Fix-Zamudio, mediante esta pequeña carta, mi particular afecto, y en concurrir al recono-

cimiento general de sus innumerables méritos, alcanzados a través de una destacada, extensa y, a veces, sacrificada labor desarrollada en los campos científico, universitario y profesional, dentro y más allá de nuestras fronteras.

Miguel de Jesús ALVARADO ESQUIVEL*

* Juez decimosegundo de Distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, México.

Héctor Fix-Zamudio: Discípulo y Maestro

Héctor Fix-Zamudio siempre ha reconocido lo mucho que les debe a sus profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM, entre los que recuerda, con gratitud, a los mexicanos Mario de la Cueva, Eduardo García Máynez, Gabino Fraga, Alfonso Noriega Cantú, Roberto Esteva Ruiz, Antonio Carrillo Flores y José Castillo Larrañaga, entre otros, y a tres juristas españoles del exilio: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Luis Recaséns Siches y Rafael Pina Milán, que “pronto se vincularon con los colegas mexicanos, e iniciaron la fundación de seminarios, la introducción de la carrera académica, y contribuyeron a la creación del doctorado, ya que en 1950, gracias a esa invaluable colaboración, nuestra escuela se transformó en la actual Facultad de Derecho”. De todos ellos fue decisiva, para su vocación universitaria, la influencia del ilustre procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a quien Fix-Zamudio califica como su “padre académico”.

Fue precisamente el profesor Alcalá-Zamora el que sirvió de puente para mi conocimiento y relación con Fix-Zamudio.

Aunque con el profesor Alcalá-Zamora mantenía una comunicación epistolar frecuente, personalmente le conocí con motivo de unas Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del que era presidente, que se celebraron en la ciudad de Caracas, si no recuerdo mal, en 1967. Desde entonces, nació entre nosotros una profunda amistad, que mantuvimos hasta su muerte, el 20 de febrero de 1985. Como recuerdo en la necrológica que le dedique, publicada en el *Diario ABC* del 28 de febrero de 1985, con el profesor Alcalá-Zamora me unían tres cosas muy importantes: el amor a España, la dedicación al estudio y a la enseñanza del derecho procesal, y algo que descubrí más tarde: las camisetas blancas del Real Madrid.

Cuando Alcalá-Zamora volvió a España, en 1976, era raro el día que no conversáramos, aunque fuera por teléfono, de estas tres cuestiones: de política, principalmente de orden público y de justicia; de novedades re-

lativas a nuestra especialidad; y, especialmente, los lunes sobre fútbol y baloncesto. Recuerdo que, en la época en que fui secretario general del Real Madrid, me hacía continuas recomendaciones sobre la alineación de nuestros equipos. Como la personalidad científica y docente de Alcalá es sobradamente conocida, me he permitido destacar aquí este aspecto que seguro es una primicia para sus discípulos.

En un Congreso celebrado en México, al que fui invitado, creo que a finales de la década de los sesenta, fue cuando Alcalá-Zamora me presentó a su discípulo predilecto. Aunque ya conocía parte de la obra de Fix-Zamudio, desde ese momento, seguí con creciente admiración la extensa e intensa producción científica de Héctor, no solo sobre derecho procesal, sino también sobre derecho constitucional y derechos humanos. Sus más de cuatrocientos trabajos han hecho de Fix-Zamudio un jurista admirado en el mundo iberoamericano y en diversos países de Europa. Sin duda, Héctor es la máxima figura del derecho constitucional iberoamericano,* de cuyo Instituto ha sido presidente, pero, además, ha alcanzado especial relevancia en el campo de los derechos humanos, lo que le ha llevado a ocupar los cargos de juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y miembro titular de la Subcomisión de la Protección y Defensa de los Derechos Humanos en la Organización de las Naciones Unidas.

Todos estos méritos determinaron que los Departamentos de Filosofía del Derecho, de Derecho Procesal y de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense propusieran su investidura como *doctor honoris causa* de nuestra Universidad (veinte años antes le había conferido tal honor la Universidad de Sevilla). La investidura tuvo lugar en un solemne acto académico celebrado el día 9 de abril de 2003, en el Salón de Grados de la Facultad, en el que pronunció una magnífica *laudatio* el catedrático de Derecho constitucional, Pedro de Vega García. Entre otras cosas, señaló que Héctor Fix-Zamudio

* Sobre la “Escuela Iberoamericana de Derecho Procesal” puede verse mi libro: *Proceso y derecho procesal (introducción)* (2a. ed. Madrid, Edersa, 1997, pp. 534 a 540). En la obra *Juristas Universales*, tomo 4: *Juristas del siglo XX* (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 735 y 736) aparece una cuidada biografía de “Alcalá-Zamora y Castillo”, por Fernando Gascón Inchausti. Sobre el profesor Recaséns Siches, en la misma obra y tomo de *Juristas universales* (obra ya mencionada, pp. 427 a 430) se publica su biografía por Benito de Castro.

...fiel a la herencia de quienes otrora fueron sus maestros, y en la observancia estricta de la antigua y pagana *virtus* de los estoicos, cristianizada en las cuatro virtudes cardinales de la justicia, la prudencia, la templanza y la fortaleza, ha ejercido su magisterio durante más de medio siglo en la Universidad Nacional Autónoma de México, revistiendo a sus enseñanzas de la aureola de la *auctoritas* que solo el estudio, el conocimiento, la humildad, la modestia, la sinceridad y la amistad pueden conferir. Son esas virtudes y cualidades que configuran y definen la etopeya personal del profesor Héctor Fix-Zamudio, las que me obligan a insertar en esta *laudatio*, el recordatorio de la prueba en la que, en definitiva, se sintetiza y justifica la labor docente del universitario. Me refiero, claro es, a los discípulos.**

En efecto, son muchos los juristas que siguen sus enseñanzas y le llaman y le consideran como su maestro. Así se enlazan los dos aspectos que he querido reflejar en esta semblanza de Héctor Fix-Zamudio: su carácter de gran discípulo, que, por ella, alcanza en su sentido final la categoría de gran maestro.

El mismo día de su investidura, se celebró un acto en el Departamento de Derecho Procesal, donde se encuentra el Fondo bibliográfico del profesor Alcalá-Zamora, del que hicieron donación sus hijos, doña Pilar y don José. En tal acto, el profesor Fix-zamudio recordó, una vez más, su cariño por el que fue su querido “padre académico”.

Con motivo de un viaje a Madrid, en julio de 2004, tuve la oportunidad de reunirme con Héctor y con su mujer, María Cristina, a la que recuerdo con gran afecto, en un acto íntimo con otros profesores y amigos comunes. En dicho acto, Héctor me hizo entrega, con una cariñosa dedicatoria, de su obra *Ensayos sobre el derecho de amparo* (3a. ed., México, Porrúa, 2003). Al redactar estas líneas, ojeo el índice de esta magnífica obra, en la que se pone de relieve que se trata de un estudio profundo, y diría que exhaustivo, de la máxima institución procesal mexicana, con el que el autor pretende que sirva para una renovación a fondo, que otor-

** Las intervenciones íntegras de los profesores De Vega García y Fix-Zamudio, en el Acto académico de su investidura como Doctor *honoris causa*, están publicadas en la *Revista de Derecho Procesal* (2003, págs. 644 a 650). En el mismo número de la *Revista* se da noticia de la donación del Fondo bibliográfico del profesor Alcalá-Zamora y Castillo al Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

que al derecho de amparo la primacía que tuvo, por muchos años, en la protección de los derechos fundamentales.

Quiero, finalmente, agradecer al profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que me haya dado la oportunidad de dejar testimonio, en esta obra colectiva, de la admiración y el afecto que, desde hace muchos años, siento por el gran jurista Héctor Fix-Zamudio.

Pedro ARAGONESES ALONSO***

*** Profesor Emérito de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, España.

El doctor Héctor Fix-Zamudio tiene una trayectoria jurídica y humanística que enorgullecen al foro mexicano. Es un jurista que se ha dedicado con entusiasmo a la investigación y al estudio del amparo mexicano. Es precursor y promotor del derecho procesal constitucional, el cual se asienta sobre los tres recios pilares del procesalismo científico: la acción, la jurisdicción y el proceso, que configuran la trilogía estructural de la ciencia procesal. Entre sus inquietudes jurídicas destaca la ampliación de diversas categorías jurídicas y conceptos que han permitido extender el juicio de amparo a la protección no sólo de los derechos humanos referidos por nuestra Constitución sino también a la de aquéllos otros que se consagran en instrumentos internacionales cuando son fuente del derecho nacional.

Su participación en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, organismo supranacional que presidió con eficacia y brillantez, ha sido decisiva en la reforma constitucional de 1994, cuando las funciones de asesoría jurídica que correspondían al procurador general de la República se trasladan a la Consejería Jurídica del Gobierno Federal, creada en 1996.

Es miembro del Colegio Nacional desde el 23 de octubre de 1974 y Premio Nacional de Historia, Filosofía y Ciencias Sociales en 1982, Premio UNESCO en 1986, así como doctor *honoris causa* de la Universidad de Sevilla en 1984. A partir del mes de febrero de 2002, al efectuarse el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, se le designó presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Es miembro de diversos cuerpos académicos, como son: el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; el Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado; el Instituto Internacional Español de Derecho Procesal; el Instituto Internacional de los Derechos Humanos de Estrasburgo; la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, así como del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, que

me honro en presidir, en cuya fundación participó conjuntamente con los maestros José Castillo Larrañaga, Ignacio Medina Lima, Leopoldo Aguilar, Carlos Cortés Figueroa, Francisco Villalón Igartúa, José Francisco Serrato, Arsenio Farell, Humberto Briseño Sierra y Fernando Flores García; todos ellos bajo el amparo de nuestro querido maestro don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

El Senado de la República le otorgó la Medalla “Belisario Domínguez”, que le fue entregada por el presidente de la República el 10 de octubre de 2002. Así, también, la Asociación Autónoma del Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 2004, le otorgó la Medalla al Mérito Académico.

La presencia intelectual del doctor Héctor Fix-Zamudio ha sido decisiva en la evolución del derecho mexicano de la actualidad. Su cátedra se ha impartido en distintas universidades mexicanas así como en Venezuela, Guatemala, Argentina, Brasil, Salamanca, Sevilla, Alcalá de Henares y Valencia en España.

Sus obras y colaboraciones para libros colectivos son numerosas, tanto a nivel nacional como internacional. Es por ello que podemos afirmar, sin duda alguna, que el derecho mexicano de nuestro tiempo se ha fortalecido en su evolución con la presencia del maestro Héctor Fix-Zamudio.

Ha enriquecido la cátedra con sus amenas y profundas disertaciones, formando así una escuela de jóvenes juristas que divulgan su pensamiento en diversas universidades de Latinoamérica.

Solo me resta agregar su gran sentido humanístico que se pone de manifiesto cuando dialoga y departe con maestros y alumnos en la enseñanza y difusión tanto del derecho constitucional como del derecho procesal. En esta breve semblanza he sintetizado algunos de los aspectos que singularizan al doctor Fix-Zamudio, y que lo colocan en primer plano como maestro que traza el derrotero que habrán de seguir las nuevas generaciones en el aprendizaje de aquellos conceptos que estructuran la trilogía del derecho procesal: la jurisdicción, la acción y el proceso.

En apretada síntesis he subrayado los rasgos más eminentes de un jurista que enorgullece al foro latinoamericano y cuya semblanza lleva el propósito de destacar la figura de quien con sus aportaciones y su recono-

cido humanismo se coloca en la avanzada de quienes en las aulas preparan a los futuros profesionales del derecho para el ejercicio de una profesión digna y respetable que los lleve por los promisorios senderos de la justicia y la libertad.

Gonzalo M. ARMIENTA CALDERÓN*

* Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México.

Caracas, 4 de agosto de 2007

Doctor Héctor Fix-Zamudio

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM
México, Distrito Federal

Querido maestro Fix-Zamudio

Para mí fue nuevamente un inmenso placer saludarlo y sostener una conversación, como siempre tan amena, el pasado martes 31 de julio en su oficina en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México.

Este fue un nuevo encuentro, en el cual conversamos, como siempre, sobre temas personales, familiares, sociales, académicos, políticos e internacionales, entre otros. Sin embargo, constato que durante más de veinte años nuestras conversaciones sobre temas académicos se han centrado en los ejes de derechos humanos, sus mecanismos de protección en el derecho interno e internacional, la organización de la justicia constitucional en tribunales constitucionales especializados, la figura de los defensores del pueblo y sus equivalentes y sobre temas conexos con el derecho procesal constitucional.

Confieso, sin embargo, que estos temas siempre han tenido como eje final la democracia como derecho y como forma política de participación ciudadana.

Maestro Fix-Zamudio, su obra jurídica es una referencia obligatoria en los estudios jurídicos del mundo contemporáneo. Decir lo contrario sería pecar no solo por falsedad sino por ignorancia. Pero igual de relevante es su generosidad, su amabilidad y, sobre todo, la sencillez y calidez de su personalidad.

Quizá usted no lo recuerde —de hecho no tiene por qué recordarlo—, pero la primera vez que lo conocí fue con ocasión de una conferencia que usted dictó en el Consejo Supremo Electoral en Caracas en 1982. Entonces era yo un joven abogado regresando de mis estudios de posgrado. En esa conferencia magistral usted cautivó la atención de los jóvenes venezolanos que lo escuchamos. En ella usted se refirió a la organización del Estado de derecho para hacer prevalecer la Constitución y los derechos fundamentales; y sobre todo el tema del pluralismo político como elemento esencial de una democracia. De allí, usted derivó las condiciones necesarias del pluralismo como las garantías de creación y trabajo de los partidos políticos, los métodos electorales y la justicia electoral imparcial, entre otros temas claves.

Confieso que desde entonces usted como maestro mexicano y latinoamericano alimentó en mí una pasión por el estudio del derecho constitucional latinoamericano y por los temas del derecho procesal constitucional, incluidos el amparo y los recursos de inconstitucionalidad.

Más tarde en ocasión de su trabajo como juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y mi posterior incorporación como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nos permitió relacionarnos en nuestras funciones como integrantes de órganos de protección internacional de las personas.

Además de ello, mi participación en los congresos del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y mi incorporación en la Directiva del mismo como presidente del capítulo venezolano, nos ha permitido compartir mesas y exposiciones en diversos eventos a lo largo de los años.

Pero aparte de nuestra relación académica quiero recordar en esta oportunidad la mejor experiencia de conocimiento personal que hemos tenido. Se trata del viaje por México que hicimos en el verano de 1993 con usted y María Cristina junto a Carmen mi esposa. Recuerdo que se trataba de un diplomado en derecho constitucional organizado por la Universidad Cuahútemoc en sus sedes en diversas ciudades: Guadalajara, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí y México, Distrito Federal. Recuerdo igualmente la peculiaridad de que otro grupo con Germán Bidart iba dictando sus clases días antes que nosotros y detrás de nosotros creo que iba Domingo García Belaunde. El hecho es que a Carmen y a mí nos tocó el privilegio de tratarlos personalmente, desayunar, comer y cenar juntos,

tomar buses y aviones, esperar en aeropuertos y, sobre todo, compartir y conversar mucho tiempo.

Recuerdo el cariño con el que María Cristina se dirigía a usted para conversar algo, ya sea de la ropa o del peinado, o qué sé yo, como suelen hacer las esposas. Usted siempre respondía tan caballero y obediente.

También recuerdo lo mucho que nos impresionó a Carmen y a mí, verlo desayunar en el hotel de San Luis Potosí, para luego verlo almorzar feliz y tranquilamente unas carnitas con salsas y tortitas en el restaurante del aeropuerto. Allí fue donde aprendí la diferencia entre el “almuerzo” mexicano de media mañana y nuestro almuerzo de las 12:30 o 1:00 pm; pero, sobre todo, porqué los mexicanos suelen “comer” a las 2:30 o 3:00 pm. y cenar hacia las 9:00 pm.

En fin maestro, en ese viaje pude conocer de cerca la faceta familiar y humana del gran jurista, y le digo lo que más me impresionó; igualmente su simpatía, sencillez, generosidad y amabilidad.

Al final del viaje tuvimos un encuentro en su casa, en el cual usted tuvo la amabilidad de presentarme a su hijo Héctor Fix-Fierro, quien estaba regresando de realizar estudios en el exterior. Casualmente el martes pasado, antes de encontrarme con usted en su cubículo en el Instituto, tuve la dicha de saludar y conversar un rato con él, quien para dicha del Instituto representa mejor tradición familiar y académica de la familia Fix-Zamudio.

Finalmente me despido como siempre, no con un adiós sino con un hasta luego.

Su buen amigo y alumno

Carlos AYALA CORAO*

* Profesor en las universidades Católica “Andrés Bello” y Central de Venezuela, Venezuela.

Santa Cruz, 14 de febrero de 2007

Señor doctor Don Héctor Fix-Zamudio

México, Distrito Federal

Muy apreciado doctor y amigo:

Sé que su benevolencia me permitirá encabezar esta mi carta con un trato familiar para llamarlo amigo, no obstante de no haber tenido la feliz ocasión de conocerlo personalmente. Ocurre, sin embargo, que su importante producción bibliográfica en cuestiones constitucionales me ha dado oportunidad de conocerlo y familiarizarme con usted, ya que su trabajo en la materia, junto a la de otros esclarecidos tratadistas, ha venido a ser fuente valiosa de consulta, más aún, si como en mi caso, ejercí funciones en el Tribunal Constitucional de Bolivia, organismo creado por la Constitución de 1994, y que asumió sus funciones jurisdiccionales desde el 1o. de junio de 1999.

Mas, distinguido doctor, no es mi propósito referirle antecedentes de esta naturaleza de los cuales estoy seguro tiene ya información, sino más bien asociarme con verdadero entusiasmo al homenaje que, con todo merecimiento, le hacen entidades tan prestigiosas como el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con motivo de haberse cumplido, en 2006, medio siglo de la publicación de su artículo: “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”; un documento en el que a tiempo de resaltar la señera personalidad de tan ilustre tratadista italiano, “uno de los juristas y pensadores más connotados de los últimos tiempos” —como dice usted— hace una oportuna y útil divulgación de

su pensamiento en momentos en que empezaba a configurarse el naciente derecho procesal constitucional.

Encuentro en las frases iniciales de su trabajo publicado en 1956, un tono vibrante y palabras nobles y expresivas que nos mueven a valorar las hondas y fecundas inquietudes de Piero Calamandrei en torno a la creación de la Corte Constitucional de Italia. Es también el resumen magistral de toda una doctrina formulada sobre el control de constitucionalidad como función primordial de ese órgano. Creo por ello, estimado doctor Fix-Zamudio, que su artículo: “Aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional” es, a su vez, una de las primeras y valiosas contribuciones a esta disciplina jurídica y a su principal fuente generadora: la jurisdicción constitucional.

Nunca más oportuno, entonces, el homenaje a su persona recordando los cincuenta años de la publicación de dicho artículo, ligado, por su medular e influyente contenido, a la instauración y desarrollo de la jurisdicción constitucional; útil en proporcionar líneas de orientación en las funciones y responsabilidades de las cortes constitucionales; oportuno para la consolidación de una rama jurídica como es el derecho procesal constitucional, y justo en destacar el invalorable y decisivo aporte de Piero Calamandrei a la creación de la Corte Constitucional de Italia en 1948, la que luego serviría para tomar similares iniciativas en Europa y América.

A cincuenta años de la publicación de su artículo, distinguido doctor y amigo, puedo afirmar que se mantiene vigente por su sólido contenido doctrinal e interpretativo, además de su valor histórico. Cabe, asimismo, destacar su vasta labor de investigación en el campo jurídico durante medio siglo. Por todo ello considero justo el homenaje a su persona, al que me adhiero sinceramente.

Lo saludo con mi mayor respeto y estima personal.

René BALDIVIESO GUZMÁN*

* Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático de la Universidad Mayor de San Francisco Xavier de Chuquisaca y de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz, Bolivia.

Las ventajas de la comunicación epistolar, perdidas para siempre si no fuera por el arribo de las computadoras y el correo electrónico, pueden recuperarse a través de testimonios que, como éste, son una especie de carta abierta. El doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor nos ha dado la extraordinaria oportunidad de repensar memorias, remotas y cercanas, de cara evocación. Nos proporciona además la posibilidad de hacer un reconocimiento personal, con un cierto reconocimiento público. El volumen de homenaje, por su extensión y la calidad de sus aportaciones académicas es en sí un testimonio impresionante, pero justo para una personalidad como la de don Héctor Fix-Zamudio. Mi aportación, en su modestia, más que hacerle justicia, me permite materializar el sentimiento de auténtica gratitud y admiración, que personalmente no podría comunicarle, por que sé que no ha sido una persona que busque o acepte la lisonja, invariablemente declina cortésmente cualquier elogio aun cuando sea sincero y mesurado.

Una generación, casi un cuarto de siglo, nos ha separado a un extenso grupo de abogados, profesores o investigadores que pueden considerarse sus discípulos, en mi caso, en sentido estricto, ya que a pesar de haber cursado la materia de amparo con el doctor Ignacio Burgoa, he seguido la visión del doctor Fix-Zamudio sobre la naturaleza del juicio de amparo. El homenajeado fue el iniciador de la racionalización de la teoría del derecho en México. Mi afirmación no pretende quitar ningún mérito a figuras tan importantes como García Máynez, quien ciertamente fue el introductor de teorías racionalistas como el positivismo de Hans Kelsen, particularmente en su libro de *Introducción al estudio del derecho*. Sin embargo, los trabajos de índole teórico rara vez abandonan el seráfico ámbito de la especulación, por lo que su impacto sobre la vida del derecho en México, en el diario trajín de los tribunales y los bufetes, rara vez es indiscutible.

Para que una concepción jurídica tenga un impacto sobre la realidad es preciso que abandone el cómodo receptáculo de los textos, trasponga la barrera libresca de las empolvadas estanterías y las interminables discusiones bizantinas de aulas y cafés, para incidir en el ámbito de la apli-

cación de las normas, afectando la vida de las instituciones y los intereses de los justiciables, dejando sentir sus efectos lo mismo en la algarabía de los recintos legislativos, que en las sobrias salas de los tribunales o en la recóndita penumbra de los pasillos de las dependencias del Poder Ejecutivo. Cuando una aportación académica verdaderamente trasciende a la realidad de la vida jurídica, se plasma o influye en los textos de las leyes, reglamentos y aplicación normativa que en forma de decisiones producen los órganos del Poder Judicial y las instancias de la administración pública.

En el sentido que apunta el párrafo anterior, la obra del doctor Fix-Zamudio ha trascendido de las páginas de los libros a la vida de las instituciones de nuestro país y muy posiblemente al de otros, por lo menos del ámbito latinoamericano. La polémica sobre la naturaleza del juicio de amparo como un mero recurso de legalidad y no como un juicio de control constitucional, hoy podría parecer una discusión artificial, en razón de no tener ninguna función real. Sin embargo, durante la última parte de la década de los sesenta fue una de las polémicas favoritas de los abogados. El doctor Burgoa, con su merecida fama como profesor y amparista, recorría el territorio de la república defendiendo la autonomía del amparo, el que consideraba como un juicio independiente de las instancias jurisdiccionales, y no como un recurso, dentro de un juicio. Incluso, abarcaba su particular percepción del juicio de amparo al llamado amparo indirecto, que se tramita en una sola instancia, contra sentencias u otras decisiones jurisdiccionales, en lo que claramente era un recurso de control de legalidad.

La célebre polémica se llevaba a todos los rincones de la provincia; no solo tenía ribetes académicos, sino que en aquellos años de un nacionalismo virulento, que no dejaba de tener auténticos toques de ingenuidad, llenaba la necesidad de reconocimiento. Por ejemplo, se ufanaban los cultos abogados foristas y los profesores de que México hubiera aportado al mundo el juicio de amparo. La simple lectura de un libro extranjero actualizado hubiera hecho caer a tan entusiastas campeones del “como México no hay dos” que los antecedentes del juicio de amparo, se encontraban en los procedimientos de manifestación que se tramitaban ante la Justicia Mayor de las Cortes de Aragón, desde la baja Edad Media hasta el Renacimiento. En la vertiente de los países del *common law*, era una verdad indiscutida que el antecedente escrito más remoto era el *Act of*

Habeas Corpus, de 1689, ratificado posteriormente por la *Trienal Act* en 1701. Nadie discute hoy en día la original solución de la fórmula Otero, pero de ello es muy difícil concluir que podamos patentar el juicio de amparo.

Todavía registra mi memoria una inolvidable visita a una Guadalajara provinciana, muy alejada de la moderna urbe que hoy es. Visiblemente asombrado, me maravilló que en viernes en la tarde hubiera un auditorio pletórico de un público integrado mayormente por trajeados abogados, en vez de la indumentaria informal de estudiantes en mangas de camisa. Había gran expectación porque se encontraban presentes los famosos contendientes y protagonistas de la célebre polémica. El auditorio expectante parecía anticipar un singular combate y la tertulia previa revelaba el ánimo sectario de “tirios y troyanos”, que adelantaban pronósticos sobre el resultado del evento y avalaban no sin cierto celo personal al bando de su predilección, casi como si fuera una gesta olímpica.

Con el tiempo, el doctor Ignacio Burgoa reconocería que el amparo uninstitucional era de tipo casacional, un gesto de autenticidad que pudo haber tenido un cierto costo personal en el ánimo de sus seguidores, pero no titubeó en admitir públicamente, ya que no dudó en corregir su propio libro para admitir el acierto de la posición del doctor Héctor Fix-Zamudio. Por aquel entonces otro celebre profesor de derecho laboral, y ex político, afirmaba sin ambages que la Constitución de Weimar de 1919 se tomaba como modelo de Constitución social, por la inclusión del reconocimiento de los llamados derechos sociales.

Las objeciones y las suspicacias que se levantaron para cuestionar la teoría de que el constitucionalismo alemán debía a México su aportación al constitucionalismo social, entre otras cosas por la barrera del lenguaje y porque no se pudieron encontrar fuentes documentales para probar su teoría, no le arredró en lo más mínimo con audacia y haciendo gala de sus conocimientos en materia de historia del movimiento obrero, no dejó de especular que la presencia de Samuel Gompers, un conocido líder del sindicalismo norteamericano de esos días fue el vehículo para que, a través de su interacción en organismos internacionales en la Europa de la posguerra, pudiera haber permitido que los juristas alemanes abrevaran de las prístinas fuentes de la doctrina constitucional mexicana. Así, un México que todavía distaba de ser compotita satisfacía por la vía de la autocomplacencia, la necesidad ingente de un reconocimiento imagina-

rio, que únicamente era para consumo local, pero que era ampliamente compartido en esa época.

El mundo chabacano de los juristas hechizos, los libros sin pies de página y el desdén por el estudio de fuentes documentales originales, pronto sería puesto en duda por el auge del derecho comparado que desde la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas impulsó el doctor Fix-Zamudio. Con decisión ejemplar, se dio el lujo de no aceptar la invitación para integrar la Suprema Corte de la Nación, para en su lugar impulsar a una generación de jóvenes egresados de la carrera de derecho, que se propusieron hacer del cultivo del derecho algo más que un pasatiempo noble que se permitían los exitosos foristas a los que sus ingresos les permitían entregarse al ocio noble de cultivar sus intuiciones y especulación, con un gran empeño, pero sin una metodología y un rigor académico, que hiciera pensar con fundamento en que por fin se abandonaba la trillada senda del diletantismo florido, plétórico de ingeniosas ocurrencias y teorías fantasiosas.

Es innegable que la actualización de la académica mexicana se inicia con el arribo a México de la oleada del exilio que provocó la sangrienta Guerra Civil española. Una pléyade de ilustres profesores universitarios e intelectuales que no hallaría cabida en el yermo páramo intelectual de la revancha franquista recaló en las costas de nuestro país para su indudable beneficio. El propio Instituto de Derecho Comparado de la UNAM fue fundado con el apoyo de los ilustres maestros españoles cuyos nombres deben quedar para siempre inscritos en la grata memoria de los que nos beneficiamos de los avatares de su destierro. Sin embargo, fue el Instituto de Investigaciones Jurídicas, que sucedió al de Derecho Comparado, el que pudo remontar las modestas dimensiones de su fundación.

Alojado en la estrecha Torre de Humanidades, en el tercer piso, su biblioteca no tenía siquiera las dimensiones del Auditorio Floris Margadant, aunque tenía una valiosa colección de revistas de las más prestigiosas editoriales de Europa y Norteamérica. Dispuesto a lo largo de un corto corredor apenas contaba con algo menos que una decena de cubículos, eso sí con elegantes paredes de duela de madera que hacían insostenible la estancia en la parte del día en que el sol les daba de frente a sus disfuncionales ventanas de techo a piso y de pared a pared. La arquitectura faraónica del “alemanismo” había sacrificado la funcionalidad en aras de la estética. La obra pública señera del presidente Miguel Alemán,

cuya estatua inexplicablemente togada ocupaba el centro de la explanada de la Rectoría, era alabada por la magnificencia de su proyecto arquitectónico, pero no era del todo afín con los propósitos para los que fuera construida.

Todavía en 1968 se podía contemplar la cabeza de la estatua que, paradójicamente, guardaba un cierto parecido con Stalin. Quizá fue por ello que en un incruento atentado de incipientes terroristas, perpetrado por algún grupo de izquierdistas de los que pululaban en el ambiente tenso y conspiratorio de la Guerra Fría, le volaron la cabeza, a falta de poder hacer lo mismo con el presidente Díaz Ordaz, que era el verdadero destinatario de la animadversión de los jóvenes rebeldes de esos días. La decapitada estatua permaneció así por muchos años, hasta que la resignación de los funcionarios de los últimos tiempos del sistema autoritario decidieron permitir que fuera demolida, como después sucedería con miles de estatuas también de hormigón para honrar a los santones del olimpo del socialismo autoritario de Europa Oriental.

La planta del personal de tiempo completo del Instituto era reducida. El doctor Fix-Zamudio era el director, el doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del celebre presidente de la República derrotada por el franquismo y del mismo nombre, ocupaba el único cubículo cómodo fuera de la Dirección, no tanto por sus dimensiones, sino porque no era compartido como el resto de ellos, ocupados por Monique Lions, Pedro Pablo Caramargo, Héctor Cuadra y alguno de los investigadores de tiempo parcial. El único cubículo que se destinó por órdenes del doctor Fix-Zamudio para alojar a los becarios —en que él mismo y el secretario del Instituto, Jorge Carpizo, confiaban en que iniciaran la tradición de promover la formación de futuros especialistas, profesores e investigadores— era ocupado por al menos cinco de ellos. De entre los primeros se encontraban José Francisco Ruiz Massieu, un gran talento malogrado por la violenta política de los últimos días del autoritarismo; Diego Valadés, Urbano Farias, Ignacio Carrillo, Jorge Larrea y en una segunda promoción le correspondió compartir un espacio que hoy sería muy exclusivo, si fuera ocupado por sus originales ocupantes, al que esto escribe y a Salvador Valencia.

El Instituto era un remanso de paz y tranquilidad que contrastaba con una Facultad de Derecho, que se convulsionaba con las secuelas de los movimientos estudiantiles y el llamado “porrismo”, que en realidad era

un eufemismo para designar a los seudo estudiantes mercenarios que ponían sus puños y empuñaban palos y cadenas al servicio del mejor postor. En algunos trágicos casos llegaron a utilizar armas blancas y de fuego, inocentes víctimas de tales malhechores fueron muchos estudiantes y entre ellos un pasante que hacía trámites para recibirse, de apellido Parra Simpson, que fue cobardemente asesinado por un cobarde porro apodado el “perro”, para desdoro de los fieles caninos que hubieran mostrado más sentimientos humanos ante un joven inerme.

Los últimos años de mi estancia en la Facultad de Derecho daban testimonio del agotamiento de un modelo periclitado de educación a base de memorizaciones, lecturas acrílicas y teorías tan poco originales como repetitivas. Típicamente, algunos profesores poco capaces impartían hasta tres materias sin mucha conexión entre ellas, exponiendo una sarta de teorías mal traducidas de autores europeos, mayormente franceses e italianos, yuxtaponiendo definiciones que se fundamentaban en crudos criterios taxonómicos, basados en características que no eran comparables. Invariablemente los más audaces se atrevían a adelantar una teoría propia a la denominada como “eclectica”, que, a manera de popurrí, tomaba elementos de una y otra de las anteriores, a veces sin aportar mayor claridad u originalidad, cuando no incluso aumentaba la sensación de arbitrariedad y confusión. Merced a una mezcolanza de categorías y conceptos, que afortunadamente describe la frase: “comparar peras con manzanas”. En ocasiones los profesores editaban sus propios cuadernos de “apuntes” y los vendían, los apuntes solían ser peores que los libros, pero no era recomendable desdeñarlos por que podían tratar algún tema que no estaba contemplado en algún libro y podía ser objeto de pregunta en un examen. Los planes y programas de estudios eran excepcionalmente accesibles y en muchos casos eran francamente obsoletos.

A los alumnos no les parecía afectar porque era posible estudiar el código correspondiente a la materia, ya que algunos profesores privilegiaban la enseñanza parafraseando y explicando los artículos de las leyes y códigos. En esos casos era previsible que el examen consistiera en preguntas sobre la ley o el código correspondiente. No era desafortunadamente remoto que un profesor hiciera la temida pregunta: “¿Qué dice el artículo X, compañero?”. La norma en los años anteriores a los movimientos estudiantiles que era el *magister dixit* y desde luego nadie podía poner notas bajas, que en su clase el diez era para Dios, el nueve para el

profesor y el ocho para los menores alumnos. Una de las consecuencias negativas de los movimientos estudiantiles fue que los profesores llegaban a temer al alumnado y a sus líderes, a tal grado que se relajaban considerablemente las exigencias académicas. Otros profesores optaban por dejarse llevar por una lenidad interesada, ya que cultivaban el favor de los alumnos para lograr su apoyo en la despiadada lucha política que desarrollaban en algunas escuelas.

Dentro del *mare magnum* que provocaron los movimientos estudiantiles encontrar un maestro que mostrara la bionomía, autenticidad y ecuanimidad que proyectaba el doctor Fix-Zamudio, aunado a su excepcional calidad académica, era poco frecuente en esos años aciagos para la Universidad. Era particularmente refrescante poder leer sus artículos y libros coherentes y profundos, pero comprensibles por la sencillez de su prosa, al propio tiempo que su abundancia de notas de pie de página y la utilización de fuentes originales los hacían confiables y claros. Lejos estaban de la abigarrada erudición de conceptos profusos y confusos, como inasequibles para estudiantes que se acercaban por primera vez a la materia que abordaba. En sus obras el doctor Fix-Zamudio abordaba los temas directamente y sin circunloquios, todo adorno innecesario era desechado. El gongorismo nunca fue una opción válida para él, su erudición era real, exponían ideas complejas con asombrosa sencillez, que contrastaban con el ornamentado barroquismo de estilos que ocultaban inseguridad o improvisación, tras una maraña inasible de profusas palabras que apenas lograban comunicar unas cuantas ideas, que no siempre eran atingentes.

Personalmente el doctor Fix-Zamudio también era accesible, contrastaba con los profesores que literalmente tocaban sus testas con las ínfulas invisibles de la arrogancia y el ademán despreciativo del que se siente poseedor de una verdad definitiva e inmutable. El ideal del *Herr* doctor profesor, que en nuestro medio tropical nunca pudo avenirse a la idiosincrasia nacional, era cultivado en forma estudiada por personalidades peculiares, cuando no incluso grotescas. Ahí estaba el célebre ejemplo de un profesor de derecho procesal que expulsó a un alumno de mi generación por no llevar saco y corbata.

Era difícil saber de dónde habían obtenido sus modelos originales las versiones criollas del profesor Rath, ya que ciertamente no todos pudieron haber visto “El ángel azul”, donde el pomposo profesor recibe su merecido y es humillado por el perverso y vengador personaje que encar-

naba la seductora Marlene Dietrich. Posiblemente provenía del modelo de profesor de la época porfiriana, complaciente con la pompa y los despliegues de falsa severidad, siempre despreciativa de la insoportable pobreza y eyección que logró con sus esquemas de elitismo extranjerizante y cruda expoliación de la mayoría de la población, sin que en el ámbito académico se hubieran producido conocimientos en cantidad siquiera proporcional al abundante dispendio de recursos para unos cuantos, que contrastaba con las carencias de la enorme masa depauperada y macilenta, que finalmente se convertiría en su némesis.

Siglos de injusticia, depredación y prejuicios han sido combatidos por instituciones de enseñanza superior pública como la UNAM, donde maestros como el doctor Fix-Zamudio, de acreditada fama internacional, han destinado su vida profesional a servir a la educación renunciando a los fastos del poder o a la seguridad de una posición desahogada que le hubiera permitido una exitosa práctica profesional. Desde el primer día, la visión de su alta y erguida figura de cortos y rápidos pasos, con su proverbial portafolios se recortaba en los estrechos corredores de la Torre de Humanidades, hasta los amplios halles del Edificio del Circuito Mario de la Cueva, como una imborrable impresión, inconfundible y que no exenta de placidez, irradia una sensación de apresurada parsimonia, un aura de serenidad y decoro.

Un académico de la talla del doctor Héctor Fix-Zamudio ciertamente ofrece tan diversos ángulos como perspectivas tenga el punto de observación, situado en el ámbito institucional, el nacional o aun el internacional. Habrá para quienes sea exclusivamente la cita obligada en el campo de su especialidad, particularmente en constitucional y en derecho comparado. Empero, para quienes hemos tenido la oportunidad de mantener un contacto personal sabemos que ha sido el prototipo de la proverbial imagen del *bonus paterfamilia*. Excelente amigo, padre ejemplar, afable y correcto con todos, incluso con aquellos que han llegado a antagonizar con sus posiciones doctrinarias o sus opiniones particularmente en las décadas de lucha por actualizar la visión y misión de la UNAM.

Para unos y otros, su obra podrá tener distintas percepciones, pero nadie pueda negar su trascendencia para las disciplinas jurídicas, en el ámbito nacional e internacional. Como nadie podrá negar que en la defensa de su percepción de lo que debía ser el Instituto, la Universidad o el derecho, su amabilidad nunca sacrificó a sus convicciones, ni su discreción

ha velado su abierta manifestación, es más, nunca las hubiera traicionado. La verticalidad y franqueza con que manifiesta sus convicciones puede ser todo lo frecuente que fuera de desear en el ámbito académico, pero quizá por ello sea no solo valiosa sino incluso digna de servir como ejemplo a seguir.

En el mundo de la academia nunca sabría nadie qué ha entendido, ni discutido o aprendido, si no se dicen las cosas abiertamente. Sin necesidad de agraviar, la polémica académica necesita de apertura y candidez. El ademán cortesano de la galantería florentina puede ser la regla deseable de trato en otros ámbitos, como en el de la diplomacia o la política palaciega, pero en el ámbito estrictamente académico lo relevante es la creación y la transmisión del conocimiento. El dilema está entre ser educador o ser simulador. El doctor Fix-Zamudio, predicando con el ejemplo, siempre ha preferido, por encima de todo, ser un verdadero educador, dentro y fuera de las aulas.

Manuel BARQUÍN A.*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

El maestro Fix-Zamudio

Cuando ingresé al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, si acaso había un jurista de referencia obligada era indudablemente el maestro Héctor Fix-Zamudio. Su prestigio como académico era y sigue siendo un símbolo del Instituto. Con el tiempo he entendido que él ha jugado un papel muy importante en la historia del Instituto, en principio se puede ver como un puente entre los españoles, creadores del Instituto, y la generación de mexicanos que han dado forma a lo que actualmente es el Instituto, eso no hubiera sido posible sin un director, como él en su tiempo, de una vocación indudable y probada hacia la investigación y la ciencia jurídica.

Él ha sido un académico de tiempo completo, sin aspiraciones políticas. Pero, no por eso esta ajeno a la política. A finales de la década de los ochenta, cuando la Universidad vivía uno de los tantos momentos de crisis, en un recinto fuera del *campus* fui testigo de una conversación entre el profesor Fix-Zamudio y un grupo de jóvenes técnicos académicos. Uno le preguntaba si era pertinente que los académicos “hicieran política”. La pregunta tenía su razón y contexto porque algunos profesores hablaban de la pureza del académico y lo mismo del derecho, su objeto de análisis. Fix-Zamudio, sin dudar contestó que era necesario hacer política para defender sus principios, sus ideas y la misma academia. En efecto, para un observador atento no puede pasar desapercibido que él no hace política para ganarse un puesto en tal o cual Secretaría, pero sí para que sus ideas sobre tal o cual institución jurídica sean tomadas en cuenta y adoptadas.

Y ese parece ser el meollo del asunto, el que divide al académico del político; es académico el que tiene ideas y las puede ofrecer para resolver tal o cual problema y el político lucha por el poder sin tener mucho que ofrecer en términos de ideas. Por supuesto esa es mi interpretación al observar al maestro Fix-Zamudio, a lo mejor él no la comparte.

Hay una situación que me ha llamado la atención en relación con la ciencia jurídica de México y es la de que ha habido pocos juristas que

tengan dimensión no solamente nacional sino internacional y que además podamos decir que han creado una escuela del pensamiento jurídico. Eso es muy difícil. Se requiere genio y una dedicación a largo plazo que el común del académico mexicano, acostumbrado al éxito inmediato y frecuentemente efímero de la “carrera” política, no está dispuesto a afrontar. Sobre todo entre los juristas iberoamericanos, el nombre del maestro Fix-Zamudio es conocido por sus trabajos sobre amparo, derechos humanos, metodología jurídica, derecho comparado, etcétera. Creo que, en parte, el éxito del profesor Fix-Zamudio estriba en varias cualidades: genialidad y una constancia encomiable que le ha permitido crear obras de gran envergadura intelectual y sobre todo una escuela del pensamiento jurídico. Eso no es fácil.

Pero eso no significa que el maestro Fix-Zamudio se haya encerrado en su cubículo permanentemente. Sin dejar de tener un pie en la academia, después de una experiencia muy rica en el Poder Judicial que le permitió conocer a fondo la práctica de la judicatura en México, ha participado en organismos internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de la cual fue presidente.

Una de las cosas que me han llamado la atención de los grandes académicos que me ha tocado la suerte conocer es que generalmente son personas sencillas y accesibles, como que la sabiduría los lleva a ser más humanos. Cuando lo conocí personalmente eso es lo que me sorprendió del maestro Fix-Zamudio: su accesibilidad y la posibilidad de conversar con él sobre los temas de mi interés. En principio en aquel tiempo, su interés estaba en el derecho comparado, yo estudiaba los cambios en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y gracias a sus consejos y apoyo pude dedicarme al análisis del fenómeno de esta Unión y además hacer una estancia de investigación para trabajar en la Universidad de Emory con el profesor Harold Berman, uno de los más destacados especialistas en derecho soviético. Recuerdo que en aquel tiempo el doctor Fix-Zamudio traducía el libro de derecho constitucional comparado de Biscaretti di Ruffia, así es que mi conversación con él me era sumamente interesante y de gran utilidad para mis trabajos sobre la Unión Soviética. Recuerdo que cuando M. Gorbachov llegó al poder a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas me propuse escribir un libro sobre lo que yo pensaba sería la modernización del socialismo soviético, pero los cambios en el país de los *soviets* eran tantos y tan frecuentes, como una vorágine de transformaciones que de repente me perdía y cuando eso sucedía

consultaba al maestro Fix-Zamudio; sobre todo me preocupaba saber cuando me detenía y tenía mi libro. El maestro Fix-Zamudio, tranquilo, me dijo que escribiera artículos y después en cierto momento ya tenía el material para mi obra. Así me dediqué a observar, reseñar y estudiar los cambios en la URSS pero de repente me encontré que lo que estaba haciendo era reseñar la muerte de la URSS como Estado, pues en 1991, cuando tenía una gran cantidad de artículos ¡mi objeto de estudios desapareció! Al final escribí un libro que resultó más bien descriptivo de uno de los fenómenos más interesantes de finales del siglo XX, en donde caminé con cierta seguridad gracias a los consejos del maestro Fix-Zamudio.

Otro tema de mutuo interés ha sido el posgrado en derecho, en otro momento salíamos a dar clases a otras entidades de la República, recuerdo que conversábamos sobre la problemática del desarrollo de estudios superiores y que me hablaba de la importancia de las bibliotecas, sin las cuales no era posible pensar en la creación de otros institutos o de los posgrados. Aunque estaba cerca, no vislumbrábamos la revolución de la telemática.

También nuestros puntos de interés eran los derechos humanos; es un gran privilegio escuchar de un actor directo, las opiniones de tal o cual caso resuelto por la Corte Interamericana. Esta es la parte que le hace falta al investigador y que el maestro Fix-Zamudio con habilidad sabe cumplir.

Con el paso del tiempo me he dado cuenta que el maestro no siempre es el que enseña, el que se para frente a un grupo de alumnos y transmite información que piensa que es importante o que alguien dice que los estudiantes necesitan saber y aprender. No, el maestro es el que está dispuesto a conversar generalmente informalmente y en donde se pasan experiencias sobre los diferentes temas de interés. Esto que aparentemente es fácil, no lo es, es necesario también tener ciertas cualidades que el doctor Fix-Zamudio también tiene: generosidad y sencillez.

Manuel BECERRA RAMÍREZ*

30 de mayo de 2007

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

La Plata (Argentina), 29 de junio de 2007

Señor Profesor Doctor Héctor Fix-Zamudio

México, UNAM

Querido maestro y amigo:

La ocasión de la tan grata conmemoración, que auspicia toda la comunidad académica, de sus primeros y tan fructíferos cincuenta años al servicio de la investigación científica, me suscita recuerdos imborrables de memorables jornadas compartidas en el seno amadrigante de nuestro Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

La evocación arranca de aquellas magníficas IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Madrid, del 17 al 21 de junio de 1985, organizadas por el profesor José Almagro Nosete, cuando ejercía la Presidencia del Instituto el profesor Hernando Devis Echandía. Participaron, entre otros, los profesores españoles Pedro Aragoneses Alonso, Manuel Serra Domínguez, Valentín Cortés Domínguez, José Luis Vázquez Sotelo, Vicente Gimeno Sendra, Carlos de Miguel, Víctor Fairén Guillén, y, entre los de nuestro continente, José Carlos Barbosa Moreira, Mario Aguirre Godoy, Celso Agrícola Barbi, Adolfo Alvarado Velloso, Dante Barrios de Angelis, Jaime Bernal Cuellar, Fernando de la Rúa, Enrique Véscovi, Armiño Borjas, Humberto Briceño Sierra, Cipriano Gómez Lara, Víctor Guerrero Leconte, Augusto Mario Morello, Juan Carlos Hitters, Pedro Mantellini, Hernando Morales Molina, José Ovalle Favela, Lino Enrique Palacio, Carlos Parodi Renom, Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo Sandmeyer, Mariolga Quinteros Tirado, Arístides Rangel Rom-

berg, José Rodríguez Urraca, José Gabriel Sarmiento, Jorge Antonio Zepeda, según asienta las memorias del encuentro.

No puedo dejar de memorar la tan enjundiosa ponencia expuesta por usted en aquella ocasión, que versara sobre el tema *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, en la que se analizaban exhaustivamente en la perspectiva comparada las diversas instituciones, algunas por entonces muy novedosas como las consagradas en la Constitución Española de 1978, que tendían a la eficaz prestación del servicio de justicia.

Unos pocos años después, a su requerimiento tuve el honor de colaborar con el maestro, como ponente nacional argentino, en lo que recuerdo fuera su extraordinaria ponencia general al Congreso Internacional Extraordinario de Derecho Procesal celebrado en el marco de la conmemoración del noveno centenario de la Universidad de Bologna, en septiembre de 1988. El tema era *La tutela jurisdiccional de los derechos humanos; América Latina y la Corte Interamericana* y su relatorio está recogido en la publicación oficial de aquel inolvidable encuentro presidido por Mauro Cappelletti, *La tutela gaurisdizionale dei Diritti dell' Uomo a livello nazionale e internazionale*, Bologna, 1988, v. I, pp. 354 y ss. Se exponían allí ante la comunidad científica mundial los primeros y titubeantes pasos de la Corte Interamericana, cuando aún existían reticencias en aceptar su competencia contenciosa y se utilizaba el procedimiento consultivo, que recién había dado a luz las primeras resoluciones en 1982. Atesoro aún la copia carbónica dactilografiada de la ponencia general del maestro, en 91 hojas de texto y 32 de notas, con sus correcciones manuscritas, que memora aquellas lejanas horas tan plenamente vividas en el debate abierto y vigoroso de las ideas.

He querido revivir todo ello como un modesto homenaje que le ruego admita de parte de quien ha tenido la dicha de compartir tan significativos momentos. Homenaje de admiración y reconocimiento hacia quienes, sin duda, el maestro de todos. *Con un muy afectuoso abrazo.*

Roberto Omar BERIZONCE*

* Profesor ordinario de Derecho procesal II en la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Argentina.

Estimado Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

Nada me hubiera gustado más que escribir un artículo sobre la historia del derecho o el derecho romano, mis especialidades, para el merecidísimo libro en homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus cincuenta años como investigador en el campo del derecho. No ha podido ser como lo fue en otras ocasiones. Ahora bien, no quiero estar ausente en este homenaje al maestro con motivo de sus “bodas de oro” con la investigación en las ramas de los derechos constitucional y procesal, de la enseñanza del derecho y de otras más dentro de la amplísima familia jurídica en que ha incursionado en su larga y prolífica andadura. “Bodas de oro” marcadas, no solo por la usucapión o simple transcurso del tiempo, sino por la inteligencia, la dedicación y la altísima calidad de sus trabajos que han sido y son referente del buen hacer, investigar y escribir las disciplinas jurídicas en los ámbitos nacional e internacional. Muchas felicidades y muchos años más de vida y trabajo, maestro Fix-Zamudio.

Beatriz BERNAL GÓMEZ*

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cuba.

En este poco explorado género literario-científico *del Widmungsblatt* voy a referirme brevemente, a modo de fugaces flashes, a algunos aspectos de mi trato con el doctor Fix-Zamudio desde que lo conocí en 1992, cuando yo estudiaba segundo curso de la licenciatura en derecho en la Universidad de Santiago de Compostela y él fue invitado por el profesor Fernández Segado a la Facultad de Derecho.

Recuerdo perfectamente aquella ocasión. En realidad, el doctor Héctor Fix-Zamudio fue la primera personalidad en el mundo académico del derecho que he tratado. Y como dicen que la ignorancia es atrevida, y aunada con la juventud debe de serlo aún más, es así que al poco de conocerlo, y a los pocos minutos de estar hablando con él y su esposa (recuerdo que era en la entrada del majestuoso Hostal de los Reyes Católicos de Santiago de Compostela), y al obsequiarme el homenajeado con una separata dedicada de un trabajo suyo, yo le espeté de inmediato, con toda ingenuidad y franqueza, la osada pregunta de por qué ponía un número a cada párrafo (*sic*: por parágrafo) en sus trabajos, pues lo cierto es que yo, aficionado ya entonces por el derecho constitucional y que había leído unos cuantos artículos doctrinales, por entonces apenas había visto tal cosa en los trabajos que había leído (aunque en realidad sí había ya comprobado su utilidad al estudiar el *Manual* de D'Ors de *Derecho romano*, que utiliza ese sistema). Me contestó que él eso lo había aprendido de su maestro, Alcalá-Zamora, y que tenía muchas ventajas prácticas, que me explicó. No me interesa, evidentemente, destacar ahora tanto las funcionalidades de tal práctica, hoy poco frecuente, cuanto que yo percibí ya entonces una gran admiración y respeto personales del doctor Fix-Zamudio hacia su maestro, no basados en el poder o la influencia u otros intereses personales, sino en una verdadera *autoritas* como saber socialmente reconocido, lo que pervivía incluso en ese momento, cuando su maestro estaba ya fallecido hacía años. Esto se ha prolongado en la cadena generacional discipular, y curiosamente también lo ha hecho en concreto la práctica metodológica de numerar los párrafos de los trabajos académicos, pues he visto que también la

siguen discípulos del doctor Fix-Zamudio tan significados como el doctor Carpizo.

Al doctor Fix-Zamudio lo conocí junto con su esposa, doña María Cristina, tristemente fallecida hace no mucho tiempo. Es claro para cualquiera que conozca al doctor Fix-Zamudio que él es un jurista al que, también en lo académico, no podría conocerse bien sin una referencia a su mujer, y no me refiero sólo a su apoyo decidido, y sacrificado en gran medida, a las labores de su esposo, con renuncia a otras actividades con más relumbrón y, sobre todo, más lucrativas para la unidad familiar, sino que también aludo a su presencia activa constante, permanente, en muchas de las actividades docentes y académicas del doctor Fix-Zamudio, incluso marcándole el rumbo a seguir en algunos aspectos colaterales. El tópico de que detrás de un gran hombre siempre hay una gran mujer se cumplía con toda evidencia en el caso del doctor Fix-Zamudio, pues doña Cristina, aun en su segundo plano, tenía una gran personalidad que marcaba profundamente a su esposo en todos los aspectos de su vida, y esto se percibía al poco rato de charlar con ella, y además una fuerte personalidad que se combinaba a la perfección, incluso por contraste (por una extraña ley de la física que se verifica tantas veces también en las relaciones de pareja), con la de su marido. Su reciente ausencia física ha supuesto para él un golpe muy duro, y su trabajo académico (entre otras cosas) también se ha resentido de modo natural, pero poco a poco (*tempus omnia curat*), al ir cicatrizando la herida y tener que conformarse con la sola presencia espiritual de su “compañera de viaje”, se va reponiendo notablemente de ese duro golpe también en la faceta académica.

Otro tópico que no siempre se cumple, pero que sin duda es la culminación deseable de la genialidad, y que desde luego nadie creo que pueda albergar dudas que sí se verifica en el caso del doctor Fix-Zamudio, es el de que las personas realmente sabias son gente sencilla. Todos conocemos, sin embargo, sabios ensoberbecidos, altaneros, etcétera, y así han sido a veces los grandes genios incluso, pero no puede ignorarse que un sabio que es sencillez, humilde, genera no sólo una mayor simpatía, sino también una admiración todavía más grande, que se extiende también a su aspecto más humano, remate último, si no de la sabiduría y la genialidad, sí al menos de la ejemplaridad moral. Esta sencillez se percibe en el trato atento y delicado del doctor Fix-Zamudio con todos los que se dirigen a él y en su modestia. La propia respuesta detallada, razonada y edu-

cada a mi cuestión un tanto impertinente a que antes me refería, siendo yo un mero estudiante de licenciatura y él presidente por entonces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de saber por qué él ponía números a los párrafos en sus trabajos, me reveló de inmediato, pero sobre todo pasado el tiempo, su humildad y sencillez. Y cómo no, me dio una lección vívida que es difícil de olvidar, pero también muchas veces de aplicar y que además no siempre abunda en la comunidad universitaria, a pesar de lo especialmente importante que sería esa virtud en una tarea como la docente e investigadora.

Esa lección se repitió muchas veces en otros encuentros con el doctor Fix-Zamudio, quien siempre, de forma natural, ha minusvalorado sus propios méritos y engrandecido y exagerado los de los demás; y también en su enseñanza ha sido fiel a la máxima orteguiana de que “siempre que enseñes, enseña a la vez a dudar de lo que enseñas” o a la aristotélica del *Amicus Plato sed magis amica veritas*, etcétera, máximas teóricamente atractivas pero difíciles en su aplicación práctica. Tras el primer encuentro en Santiago de Compostela, siendo yo entonces secretario de un seminario dirigido por el profesor Fernández Segado en el que intervino el doctor Fix-Zamudio, hubo luego otras “estadias” en España en la misma Universidad del homenajeado, y también otros encuentros con él posteriormente en Madrid en la Universidad Complutense. En medio de unos y otros, en 1996 hice una estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde trabajé bajo la dirección del doctor Fix-Zamudio en la que a la postre sería mi tesina o tesis de licenciatura y que luego se publicaría como libro por la Universidad Nacional Autónoma de México. También he coincidido en otras ocasiones en congresos y seminarios con el doctor Fix-Zamudio, tanto en la Universidad Nacional Autónoma de México como en otras ciudades de la república mexicana.

No quiero extenderme aquí en aspectos de detalle del *curriculum vitae* ni la personalidad del doctor Fix-Zamudio, pero sí quiero mencionar otro aspecto de su persona que nunca ha dejado de admirarme y sorprenderme, una vez que he tenido una cierta confianza con él, y es su afición y habilidad para contar chistes o anécdotas graciosas con un humor muy mexicano, así como su facilidad para reírse, y ello como otra manifestación más de su austeridad como persona. No es condición *sine qua non* del sabio que sea simpático ni que tenga sentido del humor, y la expe-

riencia empírica seguramente demuestre lo contrario más bien, pero qué duda cabe de que cuando un sabio también tiene esa faceta no sólo desarrolla una mayor empatía personal, sino que también se muestra más humano, más persona con la que uno puede identificarse, y así la ejemplaridad propia de la genialidad no estéril se hace más accesible y atractiva. Esto explica, ya mucho más allá del impacto doctrinal y práctico (a escala jurisdiccional, legislativa o constituyente) del maestro y juez Fix-Zamudio, la gran escuela que ha formado dentro y fuera de México y cuyos integrantes por varias generaciones (tiene ya abundantes nietos, bisnietos y tataranietos académicos), desde los más consagrados y con las más altas responsabilidades hasta los más modestos y novatos, le guardan una gran admiración por su autoridad como *iurisprudente* y por su humanidad, como él se la sigue teniendo a su maestro Alcalá-Zamora, a quien, por otro lado, con tan ilimitada generosidad se acogiera en México en su día, en lo que es sólo una concreción de otro lazo obligacional de España con México que en ocasiones en España parecemos olvidar. A los maestros también se les puede aplicar la máxima evangélica de “por sus frutos los conoceréis” y en este sentido es claro que el maestro Fix-Zamudio ha sido muy fértil, y de uno ha dado ciento. Yo también tengo con él una deuda por la formación y ejemplo que de él he recibido y que me ha sido muy útil en la teoría y en la práctica jurisdiccional del derecho, e insisto que no sólo en lo académico, sino también en lo personal, porque, al fin y al cabo, sin lo segundo sería sólo un gigante del derecho, pero con los pies de barro como sabio en una visión más global. Sirva esta “hoja de dedicatoria” como sentido homenaje al *magister magistrorum*.

Joaquín BRAGE CAMAZANO*

* Doctor europeo hispano-alemán en derecho; Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, España.

Testimonio

En lo personal es un gran honor contribuir con un breve y modesto trabajo para la merecida obra homenaje a una figura internacional, como lo es el señor profesor Héctor Fix-Zamudio. Su obra académica es de todos conocida, en particular para los cultivadores del derecho constitucional y especialmente para nosotros que nos dedicamos al estudio del instituto del amparo de los derechos fundamentales. También resulta conocida su actuación como prestigiado presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excuso, por lo tanto, de aventurarme en los merecidos encomios al ilustre homenajeado, que otros lo harán mejor en este volumen.

Pretendo particularmente referirme a un par de ocasiones en que tuve el privilegio de contactarme con el Profesor Fix-Zamudio y puedo afirmar que con el tiempo pasamos a ser amigos.

En el año de 1999 y conociendo razonablemente bien el trabajo del Profesor Fix-Zamudio, tuve el encargo de organizar un número especial de la *Revista Jurídica de Macau*, dedicado al tema del recurso de amparo. Me pareció inevitable poder obtener una colaboración suya, so pena de que el proyecto quedara incompleto. Pero, ¿cómo podía invitarlo? Cómo un extraño le podía pedir a tan elevada figura un artículo para publicarlo en una también desconocida revista de un país distante del extremo oriente. Mi aprehensión para que el señor Profesor diera respuesta, sólo se explica por ser entonces inconsciente de su personalidad y su bondad. Recibí una respuesta afirmativa y posteriormente un artículo, el cual sería precisamente el que abriera el número especial de la *Revista Jurídica de Macau*, que le diera un sello de calidad. Debo expresar que quedé impresionado por el cuidado en su trato y la ausencia de cualquier signo de arrogancia en nuestras comunicaciones. Por el contrario, debo decirlo, de algunos otros constitucionalistas importantes contactados. Su artículo contribuyó decididamente para la calidad de la monogra-

fía editada en Macau, que contó también con las colaboraciones, por ejemplo, de Gomez Canotilho, Peter Häberle y Jorge Miranda.

De manera más reciente, traté de convencer al Profesor Fix-Zamudio para participar en un Congreso Internacional de alto nivel en Macau y, de esa manera, que en mi país pudieran conocer sus conocimientos y experiencias. Desafortunadamente ese deseo no fue posible y no por falta de su voluntad. Por el contrario, demostrando una vez más su grandeza de carácter y amistad, el Profesor Fix-Zamudio no desatendió la invitación y nos contactó con un constitucionalista de México para que abordara el tema del juicio de amparo.

Es por ambas situaciones brevemente descritas, por lo que la comunidad jurídica de Macau tiene una deuda hacia el ilustre profesor.

Pero además de lo referido, que ya es mucho, no puedo dejar de mencionar el apoyo y estímulo que a lo largo del tiempo me ha brindado. En posteriores comunicaciones, por ejemplo, me ha enviado sus obras jurídicas. Otros motivos más de agradecimiento tengo de lo que aquí puedo manifestar. Debo confesar el orgullo que sentí cuando vi por primera vez mi nombre citado en uno de sus textos. Significó mucho.

Con gran amistad y enorme admiración expreso en esta obra un singular testimonio para tan ilustre figura que es el señor Profesor Héctor Fix-Zamudio.

Paulo CARDINAL*

* Invited part time Lecturer, Faculty of Law, Macau University; Senior Legal Adviser Macau Legislative Assembly, Board of Directors, Macau Institute of International and Comparative Law, Macau.

Traducción del portugués por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

Al Maestro Héctor Fix-Zamudio

Resulta una tarea sumamente grata dejar un modesto testimonio del gran aprecio, la enorme admiración y la profunda gratitud que tengo hacia el doctor Héctor Fix-Zamudio, a quien tengo el honor de conocer desde hace poco más de dieciséis años.

A través de ese tiempo, sumamente corto frente a la gran trayectoria del Maestro Fix-Zamudio, me he considerado inmerecidamente afortunado por haber tenido la oportunidad de ser su alumno en la cátedra de amparo, que por varias décadas impartió en la Facultad de Derecho de la UNAM. Aún recuerdo que el maestro era apoyado en dicha cátedra por el destacado doctor Edgar Corzo, quien entonces se encontraba culminando su tesis de licenciatura y que amablemente me orientó para acercarme al Instituto de Investigaciones Jurídicas, al cual pertencí en principio, como muchos otros colegas, primero como prestador de servicio social, después como becario y finalmente luego de varios años como investigador.

Cada sesión de la cátedra que nos ofrecía el doctor Fix-Zamudio era sin duda *magistral* y muy completa, gracias a la cual teníamos la oportunidad única de aprender no sólo amparo, sino a la vez teoría del proceso y derecho constitucional comparado. Uno de los momentos más significativos para mí fue poder apoyarlo en dicha cátedra años después, conjuntamente con el joven doctor José Luis Vázquez Alfaro.

El paso por dicha cátedra y la opinión visionaria del maestro Fix-Zamudio despertaron mi interés por algunos temas como la interpretación constitucional y la protección de los derechos humanos, por los cuales ha transitado mi incipiente trayectoria profesional y mi labor académica.

En todos estos años he constatado a nivel personal la bondad del doctor Fix-Zamudio, pues desde la elaboración de mi tesis de licenciatura y durante mis estudios de posgrado en México y en el extranjero, conté con su generosa tutoría y guía, no obstante el trabajo y compromisos —en muchas ocasiones abrumadores— que debía atender el propio maestro.

Gracias a un periodo de cerca de diez años en el ejercicio profesional en el servicio público federal, pude conocer otra faceta de la trayectoria del maestro Fix-Zamudio, su paso sobresaliente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual fue presidente por varios años y por la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de las Naciones Unidas, en su calidad de experto independiente, antes de que México decidiera dejar de proponer candidatos a dicha posición tan relevante.

En ambas calidades pude constatar, con gran orgullo como mexicano y universitario, el respeto y la admiración que profesaban hacia el maestro Fix-Zamudio juristas de talla internacional provenientes de muy diversas partes del mundo, que incluso se declaraban sus discípulos, gracias a que conocían su extensa obra, que había hace muchos años rebasado las fronteras mexicanas.

Un elemento determinante en la decisión que tomé de dedicarme tiempo completo a las labores académicas, fue precisamente el hecho de poder seguir aprendiendo del doctor Fix-Zamudio en su calidad de maestro, pero sobre todo como persona, gracias a que ha sido generoso incluso con su valioso tiempo, para permitirme conversar regularmente con él sobre muchos temas académicos y de la realidad nacional, pero también sobre las anécdotas y pasajes de su vida, su afición por la música clásica y el buen cine. Tales pláticas las atesoro mucho, y siempre me han parecido fascinantes por la sabiduría, el fino humor y valor humano que trasmite el maestro a través de sus afables conversaciones.

Considero que quienes han tenido oportunidad de leer tan sólo algo de la extensa obra del maestro Fix-Zamudio, sin duda coincidirán conmigo en que se trata de un jurista excepcional, formado en el amor por el conocimiento en beneficio de los demás, pero para quienes lo hemos tratado como persona e incluso en su vida familiar, guardamos un especial aprecio por el ser humano que ha tocado nuestras vidas con su bondad, honestidad y sencillez.

Jorge Ulises CARMONA TINOCO*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Con gran placer he aceptado la invitación para contribuir a los estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, enviando a los coordinadores un modesto estudio, redactado con gran admiración.

Es un hecho que el profesor doctor Héctor Fix-Zamudio es muy conocido en todas partes del mundo por sus brillantes estudios de derecho procesal, derecho constitucional, derecho comparado y por sus amplios estudios y actividad a favor de los derechos humanos, como presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A la *International Association of Procedural Law* ha dedicado algunas espléndidas ponencias, desarrolladas en diversos congresos y su activa presencia en el Consejo directivo, hasta que fue designado miembro honorario, por sus altos méritos científicos.

Mi primer encuentro con el profesor doctor Héctor Fix-Zamudio no fue en persona, sino a distancia, al preparar las memorias del III Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebradas en Venecia los días 12 a 15 de abril de 1962. La ponencia que envió fue “La eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano” (en *Atti*, Milán, 1969, pp. 476 y ss.). Es un ejemplo de admirable síntesis de la compleja temática, que aborda con conocimiento perfecto de la doctrina de su país y del extranjero, particularmente italiana. Luego en el Congreso Mundial de Gante, celebrado los días 27 de agosto al 4 de septiembre de 1977, en el cual se tuvo el privilegio de presenciar su ponencia sobre “Selección y nombramiento de jueces”, desarrollada con raro equilibrio, tanto que muchas de las soluciones que sugiere a nivel general siguen siendo válidas actualmente (*Towards a Justice with a Human Face*, Antwerpe-Deventer, 1978, pp. 406 y ss.).

Me complace también recordar la magistral lección de humanidad y ciencia ofrecida en Bolonia, en el Congreso extraordinario por el noveno centenario de la Universidad de Bolonia (22-24 de septiembre de 1988), con el tema general *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*.

Su ponencia relativa a *Judicial Protection of Human Rights in Latin America and the Inter-american Courts of Human Rights* (en *Atti*, vol. I, Milán, 1991, pp. 387 y ss.), de más de ochenta páginas, es una verdadera mina de ideas y de información.

La comunidad científica de todo el mundo está agradecida y fascinada por la obra amplísima y por los estudios profundos de Héctor Fix-Zamudio.

Federico CARPI*

Bolonia, 5 de junio, 2007

* Full Professor at the University of Bologna, Italia.

Traducción del italiano por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

Don Héctor Fix-Zamudio, mi maestro y amigo

A Mi formación académica la debo, en gran parte, a dos estupendos maestros en todos sentidos: don Mario de la Cueva y don • Héctor Fix-Zamudio. Con los dos tuve el privilegio de laborar en la Universidad Nacional Autónoma de México. Además, el primero me dirigió la tesis de licenciatura; el segundo, la de doctorado.

B. El maestro Fix-Zamudio es uno de los personajes más importantes en mi existencia; siempre me ha apoyado y de él he recibido infinitos dones. Recuerdo unos cuantos:

- 1) En 1967, cuando cursaba el último año de la licenciatura en derecho, por propuesta suya, se me designó secretario del hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ).¹
- 2) Al regreso de mis estudios en Londres, me tenía reservada una plaza de investigador en el propio Instituto (IIJ).
- 3) Estimuló mis primeras publicaciones e intervenciones en congresos académicos.
- 4) Lo he consultado en momentos cruciales de mi vida y durante mi carrera universitaria, de lo cual he dejado constancia.²
- 5) Me impulsó para la Secretaría General Ejecutiva y, decenios después, para la presidencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- 6) Fue una persona clave para que me decidiera a participar en la terna para la dirección del IIJ.
- 7) Con anterioridad a su publicación, ha leído varios de mis ensayos y los hemos comentado. Me he beneficiado de su sabiduría e inteligencia.

¹ Carpizo, Jorge, *El derecho, la universidad, la diplomacia y el arte. Esbozos de ideas y de vivencias*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001; pp. 275-276.

² *Ibidem*, pp. 306 y 307.

C. En el lejano 1982 escribí:

“A menudo, entre quien deja un cargo y quien lo sustituye (me refiero a la Dirección del IJJ), existen susceptibilidades. En el caso del maestro Fix y el mío, jamás ha existido la más mínima. Estamos acostumbrados a platicar con gran confianza y franqueza. Es uno de mis mejores amigos, y una de las personas que más ha influido en mi formación académica y que más me ha ayudado. Para mí, constituye una de esas pocas amistades que resisten el paso y los avatares del tiempo, y que como el buen cognac, mejora cuando se va añejando”.³

Hoy en día, 2007, después de 42 años de amistad cercana y fraternal, puedo asegurar que nunca hemos tenido una desavenencia. Hemos trabajado juntos por largos años y hemos realizado prolongados viajes. Jamás ninguna mancha ha opacado nuestra relación de maestro, colega y amigo. ¡Qué suerte inmensa la mía! Pocas personas pueden asegurar tener un maestro, colega y amigo como don Héctor Fix-Zamudio.

D. Mi inmenso agradecimiento, respeto académico y amistad los he manifestado públicamente en sinnúmero de ocasiones. Traigo a colación algunas de ellas:

- 1) En 1978, le dediqué a él y a Rubén Bonifaz Nuño el libro *El presidencialismo mexicano*.
- 2) En 1982, escribí una breve biografía del ilustre investigador con motivo del aniversario de plata de su carrera académica.
- 3) En 1988, le dediqué mi ensayo “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”.⁴
- 4) En 1990, en el ensayo “Mis veinticinco años en la vida del Instituto”,⁵ me referí, en varias ocasiones y con detalle, a todo lo que le debo y a nuestra amistad.

³ Carpizo, Jorge, “Héctor Fix-Zamudio, jurista, maestro y universitario”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, t. XV, núm. 44, 1982; pp. 992 y 993.

⁴ Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 141-152.

⁵ Carpizo, Jorge, “Mis veinticinco años en la vida del Instituto”, *Cincuenta Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas 1940-1990*, México, UNAM, 1990, pp. 285-301.

- 5) En 2000, mi libro *Anatomía de perversidades* llevó la siguiente dedicatoria “*A Héctor y Cristina Fix-Zamudio, ejemplos de moralidad, honestidad y bondad*”.
La dedicatoria fue al hombre y sus grandes virtudes —no al ilustre jurista— y a su esposa, dama excepcional en muchos sentidos, y a quien quise entrañablemente.⁶
- 6) En este 2007, el artículo “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada Reforma del Estado”, contiene la siguiente ofrenda: “Al maestro Héctor Fix-Zamudio, jurista excepcional y sabio, en homenaje a sus cincuenta años de investigador universitario”.

E. Juntos hemos trabajado en aspectos académicos en múltiples ocasiones. Entre muchos otros, destaco:

- 1) La organización de numerosos Congresos y la edición de libros.
- 2) La redacción conjunta de tres ensayos.⁷
- 3) La presentación de reflexiones sobre el Poder Judicial federal al licenciado Miguel de la Madrid, en 1982, que fue la base de la reforma constitucional a dicho Poder en 1987.⁸
- 4) La redacción de proyectos legislativos, entre los que sobresale la reforma para la constitucionalización de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- 5) En unión de varios juristas, la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y, durante 23 años, los dos principales responsables de dicho Instituto.

⁶ Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades. Reflexiones sobre la moral pública en México*, México, Aguilar, 2000.

⁷ Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 9-58; Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, t. XVIII, núm. 52, 1985, pp. 31-64; Carpizo, Jorge, Cossío, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Lima-Madrid, Dykinson, S.L. y Ediciones Jurídicas, 1997, pp. 747-808.

⁸ Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el Poder Judicial federal y sobre las relaciones internacionales de México”, *Legislación y Jurisprudencia*, México, año II, vol. II, 1982; pp. 561-566.

F. Son varios los lazos que nos unen estrechamente, entre ellos sobresalen nuestro amor por la Universidad Nacional, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, el derecho y la justicia.

Con frecuencia, en forma muy natural, nuestros puntos de vista y criterios coinciden. Estamos acostumbrados a intercambiar opiniones y argumentos. En múltiples ocasiones, los suyos me han convencido. En otras, el maestro ha aceptado los míos.

No obstante, cuando los argumentos no logran convencernos, guardamos gran respeto a la postura del otro. Estamos persuadidos de que no es posible que siempre coincidamos. Disentir es parte esencial de la academia y así lo entendemos. Nadie es poseedor de la verdad. Sólo deseamos servir lo mejor posible al país, a la Universidad, al Instituto, a los colegas y a los alumnos.

La discusión respetuosa enriquece y abre nuevas perspectivas.

G. Tenemos múltiples aficiones comunes: disfrutamos de la literatura, el cine, la música y los viajes.

Durante decenios, hemos realizado viajes juntos con motivo de congresos y conferencias, pero también para conocer nuevos países, culturas y pueblos. Conviví con el maestro y su señora durante semanas y gozamos esos viajes en forma especial. Recuerdo numerosas visitas a Latinoamérica. La última, con la compañía de doña María Cristina, fue a Chile y Argentina. Después de los compromisos académicos, nos dirigimos a las cataratas de Iguazú, caminamos el andén de la “Garganta del Diablo” y, en una lancha, estuvimos cerca de algunas de las caídas de agua, terminamos empapados, pero embelesados de tanta belleza.

En otra ocasión, después del trabajo en Londres y París, recorrimos Normandía y Bretaña. Dormimos en Mont-St-Michel. En la noche, la abadía es aún más esplendorosa: iluminada, tranquila, sin los cientos de turistas, y los claustros animados con música gregoriana y clásica.

El maestro Fix-Zamudio siempre me recuerda que debo escribir sobre los viajes. Si llego a tener tiempo, me gustaría hacerlo.

H. No entiendo mi existencia sin la presencia esencial del maestro Fix-Zamudio, o ésta hubiera sido muy diferente. Mucho he aprendido del

sabio maestro. Mucho he gozado su amistad y su alegría, su amena conversación y su hospitalidad.

Don Héctor y doña María Cristina Fix-Zamudio son dos seres humanos que me han enriquecido en los más diversos aspectos. Mi deuda con ellos es grande, y me causa alegría reconocerlo públicamente una vez más.

Jorge CARPIZO*

México D. F., enero de 2007

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Mexicali, B. C. a Diciembre de 2007

Muy estimado maestro Don Héctor Fix Zamudio

Como usted seguramente ha experimentado, cuando uno se encuentra en lugares distantes a la patria, además de la nostalgia que nos invade, se aprende a valorar mejor las propias pertenencias. En mi caso he tenido la oportunidad de hacer algunos estudios en España y Argentina, donde tuve la oportunidad de constatar el respeto y alta estima en que se le tiene, no sólo en mérito de su producción como jurista de indiscutible reconocimiento mundial, sino de manera especial por su apreciable calidad humana.

No puedo menos que manifestarle el orgullo que me produjo cada vez que escuché alabanzas a su persona; automáticamente nació en mí un sentimiento de identidad con Usted como mexicano estudioso del derecho; pero sobre todo al descubrirlo como ejemplo digno a seguir.

En atención a mi condición de profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, me fue concedido el privilegio de ser admitido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en calidad de “investigador visitante”, donde lo primero que hice fue buscar la oportunidad de entrevistarle, bien informado de su disponibilidad de siempre para atender a quienes le solicitan ayuda.

No fue sorpresa pues encontrarle y recibir sus enseñanzas, con la amabilidad y sabiduría de las que tiene fama. Lo que sí sorprende y es digno de reconocimiento, es el hecho de que rebasó el momento en que la mayoría de los seres humanos se retiran a disfrutar de la paz y la tranquilidad del hogar, y no obstante sus elocuentes realizaciones, Usted sigue en la tarea cotidiana de impulsar la investigación jurídica —que asume con ejemplar dedicación—, en el Instituto que en mucho debe su prestigio a su participación.

Por estas razones, hago propicia la ocasión para confesarle la mucha honra que me produce tener la oportunidad de hacer pública mi admira-

ción a su laudable labor, en esta importante y trascendental obra, que edita el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en ocasión del merecido homenaje que se le rinde con motivo de celebrar cincuenta años como investigador.

Lo saludo con respeto y afecto.

Milton Emilio CASTELLANOS GOÛT*

* Profesor en la Facultad de Derecho, Campus Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California, México.

*Al señor, Doctor
D. Héctor Fix-Zamudio*

Presente

La Plaza de Juristas Ilustres de la Facultad de Derecho de mi Universidad fue inaugurada en enero de 2006, con la colocación en ella del busto esculpido en bronce de la efigie del doctor Héctor Fix-Zamudio; en ese mismo evento, momentos después, le pregunté al escultor responsable de dicha obra, por qué había presentado con rostro jovial y con menos edad al homenajeado, y me dio el artista una respuesta que ahora repito:

...en la preparación de mi material conversé varias veces con él, y me sorprendió su inteligencia, perspicacia y lozanía, procuré entonces otorgarle los beneficios del pensamiento de Cicerón: “no son los años los que hacen viejo al hombre sino la falta de ilusiones, entusiasmo y proyectos para el porvenir”. Don Héctor nos habla constantemente —continuó el artista con su respuesta— de proyectos, ganas de vivir, e inusitada alegría, por ello se le ve joven, feliz, con mucha fuerza en la exposición de sus ideas y esto es un ejemplo digno de rescatar en una obra artística.

Efectivamente comparto con el escultor de su efigie esculpida en bronce, y que desde entonces se encuentra ubicada en la plaza de referencia, que Usted es un ejemplo vivo para todos los que andamos peregrinando en este camino de la *investigación jurídica*. Su entusiasmo nos contagia para seguir avanzando en los momentos de solitaria reflexión, ani-

mados pos sus cincuenta años en este camino en que Usted se nos ha presentado con jovialidad, bonhomía y ganas de trascender en los espacios de la *ciencia*.

Felicidades en la *edad de oro* de su misión científica.

Germán CISNEROS FARÍAS*

Monterrey, Nuevo León, agosto de 2007

* Doctor en derecho por la UNAM, profesor en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

Santiago, 26 de mayo de 2007

Señor Profesor Héctor Fix Zamudio
Universidad Nacional Autónoma de México

Distinguido Maestro:

Quienes llevamos más de cincuenta años ininterrumpidos dedicados al cultivo y enseñanza del derecho procesal en la Universidad estatal de Chile, podemos dar fe como un hecho que ya es de pública notoriedad en nuestra disciplina, que Héctor Fix-Zamudio se ha ganado el título de *maestro del derecho procesal*, categoría que tiene el respaldo de sus pares y que se le otorga sólo a aquéllos en torno a los cuales existe un consenso universal.

Generaciones de discípulos se han nutrido de sus sabias enseñanzas, que se han caracterizado por una línea creativa y conceptual que ha logrado, en definitiva, reubicar a nuestra disciplina en el contexto del pensamiento de los grandes maestros italianos, como Calamandrei y Cappeletti, que pusieron los cimientos para la creación magistral del derecho procesal constitucional que ha permitido por primera vez dar eficacia real a los textos constitucionales.

Hoy no cabe duda que una Constitución desprotegida jurisdiccionalmente es una carta incompleta.

Ello ha sido debidamente comprendido por los poderes constituyentes de los modernos sistemas democráticos que han incluido en las cartas supremas a los tribunales constitucionales destinados a dirimir los fundamentales conflictos que puedan derivar de su aplicación.

El profesor Fix-Zamudio ha enseñado y escrito que los principios y valores de la Constitución deben reflejarse en las decisiones de estos altos órganos jurisdiccionales que empleando la importante herramienta de la interpretación evolutiva de la Constitución, la han puesto al servicio de las

autoridades públicas y en manos de aquellos que han visto vulneradas sus garantías personales. El amparo, accionado ante tribunales con competencia para dirimir conflictos constitucionales permite a éstos, a través de un debido, justo y oportuno proceso, dar eficacia real a los derechos que la Constitución les otorga, protegiéndolos.

En esta oportunidad, recuerdo nítidamente a nuestro común amigo Niceto Alcalá-Zamora, con el cual usted compartió plenamente y con quien yo sólo tuve la oportunidad de tener un par de encuentros en la década de los sesenta en la ciudad de México, pero que para mí, un joven profesor en esa época, fueron muy relevantes, importantes y formativos.

He sido un impulsor en Chile de su magistral concepción de la solución de los conflictos a través del proceso, la autocomposición y autotutela, obra de consulta obligatoria para todos mis alumnos de derecho procesal.

Volviendo al presente, veo con satisfacción que México ha logrado estructurar fuertemente el establecimiento y enseñanza del derecho procesal constitucional y que sin duda el maestro Fix-Zamudio ha sido su gran artífice.

Reciba desde Chile, país amigo, una gran felicitación por lo que ha hecho por nuestra disciplina que se verá colmado en la obra que se publicará en su país bajo la dirección del profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en la cual he tenido el honor de participar.

Con todo afecto,

Juan COLOMBO CAMPBELL*

* Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Chile; ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Chile.

Wroclaw, 30 de enero de 2007

Sr. Profesor Doctor Héctor Fix-Zamudio

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Coyoacan México, Distrito Federal
Meksyk

Muy estimado y fino amigo:

Escribir una carta al Maestro Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus cincuenta años de trabajo como jurista es un disfrute auténtico. Cuando intercambiamos misivas por primera vez tú tenías casi la misma edad que yo tengo ahora. Ya eras un investigador reconocido del renombrado Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, profesor de asignatura en la Facultad de Derecho, miembro de la Junta de Gobierno de esta Universidad y miembro *ex officio* del Consejo Interno del con-sabido Instituto. Tenías ya en tu haber 3 libros, 2 monografías, más de 60 artículos de revista o colaboraciones en obras colectivas publicadas en México (además de casi 40 en el extranjero), 3 estudios y/o comentarios legislativos, la traducción de un libro, 16 traducciones de artículos y ensayos. Por si esto fuera poco, formabas parte de muchas asociaciones académicas, incluido El Colegio Nacional donde también impartías cursos anuales.

Yo apenas comenzaba mi carrera académica después de obtener en 1981 el grado de doctor en ciencias jurídicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wroclaw. En cuanto a mi producción bibliográfica, era de tan sólo 5 artículos y 6 reseñas de libros. En la Polonia de entonces vivíamos tiempos duros. El gobierno comunista acababa de imponer la ley marcial con sus inherentes restricciones y rigores para aplastar el primer sindicato libre, “Solidaridad”, surgido en el oficialmente —y

acertadamente— llamado Campo Socialista. En contraste con Polonia, el México de aquella época era un país relativamente tranquilo, gobernado ya por más de seis decenios por el PRI, un equivalente más blando del Partido Obrero Unificado Polaco. En aquel tiempo para mí —un joven latinoamericanista de la Polonia lejana— el *Continente Verde* me parecía como otro mundo, lo que efectivamente era cierto. Aunque ya a la sazón había tenido la experiencia de estar en América Latina —más de un año como becario del gobierno cubano— el resto del Continente, con la excepción de México, estaba separado por una cortina de hierro infranqueable, al menos para mí.

Precisamente en ese momento, en el mes de febrero de 1982, llegó a mis manos tu primera, extremadamente amable, misiva del 26 de enero de 1982 con una buena noticia. Me decías que debido a mi interés por obtener un ejemplar de tu libro *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, “y no obstante que quedan muy pocos ejemplares de este libro, le envío uno, aun cuando tiene algunas páginas maltratadas, lo que le ruego disculpe, esperando que le pueda ser de utilidad”. De esta manera, comenzó nuestra relación epistolar que habría de prolongarse por más de tres lustros hasta que nos pudimos ver en México cuando llegué a tu país, invitado por el Honorable Senado de la República como ponente de una conferencia internacional, realizada con motivo del LXXX aniversario de la Constitución de Querétaro. Nuestros breves pero interesantes encuentros y conversaciones me confirmaron las cualidades del excepcional ser humano que eres y que había ya podido aquilatar a través de la correspondencia, sin verte personalmente.

Al contestar a tu primera carta te informé que en Polonia estaba en trance de ser aprobada la reforma de la *carta magna* para instituir un Tribunal Constitucional, lo que tuvo lugar el 26 de marzo de 1982. Por eso, en tu segunda misiva del 19 de abril de 1982 me dijiste, “le agradezco anticipadamente su generosa oferta de enviarme una traducción castellana de dicho ordenamiento, que será de gran utilidad, y sólo lamento no haber conocido a tiempo la noticia, para incorporar un comentario al respecto en el libro —*La protección procesal de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982— que está por aparecer en España”. Este comentario pone de manifiesto no sólo tu calidad de investigador minucioso, sino antes que nada el hecho de que hayas sido el primer constitucionalista latinoamericano informado sobre el lento proceso de desmoronamiento institucional del Estado del denominado “Socialis-

mo Real”. Que la gestación fatigosa —cuatro años— del Tribunal y su jurisprudencia que invalidó los decretos del Poder Ejecutivo, atestiguaron enfáticamente.

Entretanto yo recibía, gracias a tu excepcional gentileza, tus publicaciones y otros materiales de estudio que te pedía —me parece ahora— con exceso. A veces, no sólo se trataba de escritos académicos, sino el pedido de contactos y direcciones de autores de tu país, cuya producción intelectual quería conocer superando las limitaciones que me imponía la escasez de esa bibliografía en mi patria. Tú accedías siempre con mucho gusto, no obstante tus numerosas ocupaciones, a mis solicitudes de datos e informaciones, muchos de los cuales podrían considerarse casi “privados”. No olvidabas mis ruegos y siempre te buscabas el tiempo para conseguir las direcciones institucionales y privadas de un autor o datos bibliográficos de escritores o investigadores mexicanos. Esta actitud tuya es tanto más digna de elogio cuanto que en ese periodo realizabas un arduo trabajo de investigación y la redacción de los libros que ahora constituyen lo esencial de tu trayectoria académica. Actualmente cuando entro en tu edad, sé perfectamente cuán difícil es dominar el tiempo para atender al montón de solicitudes que llegan sin cesar. Tal como tú, me esfuerzo en ser puntual y en responder con soluciones prácticas para los casos que se me presentan. ¡Mil gracias por esta lección de cortesía y de respeto al otro que se dirige a ti!

Al saber de mis vínculos de amistad y de afecto hacia ti, me invitaron a contribuir a los *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus Treinta Años como Investigador de las Ciencias Jurídicas*, lo que he hecho con sumo gusto. Guardo en mi biblioteca tus tres volúmenes y los muestro con enorme orgullo cuando visitan mi casa colegas, conocidos y profesores patrios o extranjeros. En aquella época, este trabajo fue mi primera publicación en América Latina. Para esos tiempos, llenos de obstáculos y limitaciones de toda índole, participar en esa publicación fue para mi una hazaña y hasta un acontecimiento científico en mi medio académico más próximo. Ahora acabo de concluir mi también modesta aportación a la tercera obra dedicada a ti con motivo del Cincuentenario de tu labor de investigador incansable. Mi gran anhelo es continuar participando en las próximas conmemoraciones hasta donde me alcancen mis fuerzas y mientras sigas viviendo y produciendo en provecho de la doctrina jurídica mexicana y mundial. Tal es, al menos, mi propósito.

Ahora no puedo sustraerme del ansia de participarte un pequeño secreto. Se refiere a uno de los momentos más gratamente vividos en tu compañía cuando me invitaste, durante mi participación en un congreso internacional en la ciudad de México, a comer en el restaurante “La Cava”. Mientras me deleitaba con los manjares de la cocina mexicana en este merendero cercano a la Ciudad Universitaria, me sentí enormemente honrado al palpar su ambiente intelectual que haría decir del lugar que es “una exquisita fonda académica” a la que acuden los profesores de la UNAM. Todo allí era excepcional y en primer lugar, para mí, la exposición de tu actitud de principios hacia los regímenes de fuerza de todo pe-laje. Por todo eso te agradezco infinitamente.

Ahora, cuando vuelvo mis ojos al pasado de mi camino académico, docente y de investigador, no puedo dejar de lado la idea de que tú has dado un significativo aporte a mi desarrollo moral y científico. Eres el ejemplo del hombre siempre dispuesto a ayudar a un colega aunque sea más joven y de orientarlo e ilustrarlo con las extensas explicaciones y peroratas de las cuales no podría dar cuenta en este breve testimonio. En este orden de ideas, no puedo pasar por alto tu vida familiar modelo como esposo y como padre. A pesar de la pérdida de tu querida esposa María Cristina —a la cual también tuve el privilegio de conocer personalmente— vives fiel a su memoria, lo que no es común en este mundo de prisa y olvido. Tampoco puedo dejar de mencionar tu hijo —Héctor Fix-Fierro— a quien has dado una sólida formación intelectual y lingüística. Te sigue como investigador y catedrático y, como pude comprobar, es un digno sucesor de su padre.

Para terminar, me queda sólo desearte muchísima salud. Es lo único que necesitamos en este mundo para hacer avanzar nuestros proyectos de vida y ayudar a engrandecer a los que nos rodean. En la lengua polaca tenemos como el equivalente a los buenos deseos mexicanos en los cumpleaños, uno que reza “¡*Que Vivas Cien Años!*” Para ti deseo no sólo un siglo, sino un poco más, al principio ¡120 años! y después nos veremos.

Krystian COMPLAK*

* Profesor de Derecho constitucional, Universidad de Wroclaw, Polonia.

*Una relacion académica y personal
con el Maestro Héctor Fix-Zamudio*

Ingresé al Instituto en 1985, como meritorio en la Unidad de Jurisprudencia, siendo el titular de dicha Unidad el licenciado Ezequiel Guerrero Lara. Al frente del Instituto se encontraba el licenciado Jorge Madrazo y como secretario académico estaba el Maestro Jesús Orozco Henríquez. El rector de la Universidad era Jorge Carpizo; las circunstancias en las que se encontraba el Instituto eran excepcionales. Fue un privilegio haber ingresado al Instituto en esa época pero mucho más estar cerca del Maestro Fix-Zamudio.

Al maestro Fix-Zamudio lo conocí en el Instituto, en los diferentes eventos internacionales que se organizaban, ya que además de participar activamente en ellos asistía a todas las conferencias, lo que evidencia el respeto que siempre ha tenido hacia sus colegas. Todavía podemos verlo sentado en la primera fila de cualquier evento al que asista y escuchando atentamente al expositor. Pero la forma en que empecé a conocer más al Maestro Fix-Zamudio fue cuando al terminar un evento algunos de los jóvenes asistentes nos acercábamos a él y le hacíamos alguna pregunta o comentario. El Maestro siempre estuvo dispuesto a charlar con nosotros de manera afable y cordial; fue entonces cuando descubrí el agudo sentido del humor que siempre le ha caracterizado.

Desde ese entonces la situación académica de los meritorios y becarios ha sido una cuestión de especial interés. Un becario o meritorio debía tener un promedio muy superior al ocho y debía contar con un tutor en el Instituto para realizar su tesis, ya que la formación de recursos humanos siempre ha sido importante. El Maestro Orozco no me dejará mentir. Afortunadamente superaba el ocho de promedio, y también, afortunadamente, por lo que diré después, no tenía tutor de tesis.

Como el tema que me interesaba era el amparo y el especialista sobre el tema el Maestro Fix-Zamudio, me tomé el atrevimiento de solicitarle que me dirigiera la tesis. Recuerdo que llegué ante él con dos referencias,

además de ser un insignificante colaborador en el Instituto, la del Maestro Orozco y la del licenciado Guerrero Lara. Para mi sorpresa el Maestro Fix-Zamudio aceptó y dentro de los primeros consejos que me dio fue estudiar derecho procesal, me preguntó con quién había cursado la materia y me dijo que era conveniente que leyera el libro de Cipriano Gómez Lara. Siempre me dijo que para él, a pesar de lo que otros distinguidos juristas piensan, el amparo debe estudiarse desde el derecho procesal. El tema de mi tesis fue cambiando poco a poco hasta convertirse en el más genérico de *justicia constitucional*, pues era más amplio que el de amparo y era un área del conocimiento que por esos años estaba teniendo mayor auge. Como punto de partida siempre tuve la obra del Maestro Fix-Zamudio, que no sólo se reducía al amparo, sino que incluía con igual profundidad la protección de los derechos humanos, el derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho procesal.

Para mí representó una gran oportunidad y un gran compromiso que el Maestro hubiera aceptado dirigirme la tesis. Una gran oportunidad porque de esta manera podía charlar con él periódicamente, lo que hacía en cuanto tenía algo serio que darle a leer, y me permitió adentrarme en un tema apasionante. Lo poco o mucho que sé sobre justicia constitucional se lo debo a él, a sus enseñanzas y a su manera de ver el derecho. El compromiso venía de que siendo el Maestro Fix-Zamudio quien era, había aceptado dirigirme la tesis, por tanto no me podía dar el lujo de hacerle perder su tiempo y mucho menos quedar mal con él, con mis referencias y con el Instituto.

Durante esta primera etapa en la que conocí más al Maestro Fix-Zamudio, cada día comprobaba la sencillez que siempre le caracterizó. Cuando me llegaba a solicitar algo, antes de hacerlo se disculpaba conmigo por interrumpir mis labores y después de ello me decía que lo hiciera en cuanto tuviera tiempo, que él no tenía prisa y que no era de vida o muerte. Afortunadamente fueron pocas las ocasiones en que tuvo que recordarme la petición formulada. Para mí, por supuesto, que él me solicite algo en que le pueda ayudar constituye más que una solicitud. No cabe duda que entre más trascendentes son las personas más sencillas son.

Cuando ingresé al Instituto cursaba el tercer semestre de la carrera, por tanto la materia de amparo todavía no la había cursado. Estaba esperando con ansiedad el semestre en que el Maestro Fix-Zamudio diera el curso. Sin embargo, como era compañero de varios becarios y técnicos

académicos que iban un año más delante de mí, y ellos debían tomar la clase de amparo, se inscribieron con otro profesor, con el maestro Roberto Terrazas Salgado. Tomé la decisión de asistir a esas clases pero de oyente, pues yo cursaría la materia con el Maestro Fix. El curso resultó interesante y práctico pues el profesor en ese entonces era secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia. Asistí a todas las clases e incluso presenté los exámenes. Al final, ya que nos dieron la calificación me acerqué al profesor y le agradecí su curso, haciéndole saber que no estaba inscrito y que asistí sólo de oyente. Ante su sorpresa me dijo que podía adelantar la materia pues en extraordinario me guardaría la calificación. Después de reflexionarlo decidí hacerlo, teniendo siempre presente que cursaría la materia con el Maestro Fix-Zamudio, ahora de oyente.

Llegó finalmente el semestre en que el Maestro Fix-Zamudio impartió su cátedra. Creo haber disfrutado el curso como pocos. Lo que había aprendido con las charlas del Maestro en el Instituto más las reuniones sobre la tesis se completaba con las clases. Siempre nos dejaba leer un artículo antes de la clase y debo decir que no sólo lo leía una vez, sino varias veces. Quien no lo hiciera seguramente estaría perdido en la clase, y así sucedía con algunos alumnos frecuentemente. Entonces me percaté de la erudición del maestro al escribir algo. Mi metodología de estudio ya al final de la carrera consistía en sacar un resumen del tema, sin embargo, era imposible hacerlo con los artículos del Maestro, ya que todo estaba condensado y no había paja por ningún lado. Todo es información, premisas reflexionadas previamente y conclusiones interesantes. Me acuerdo que siempre me decía que él ponía números en sus párrafos, siguiendo a su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, por dos razones; una de ellas consistía en que así se obligaba a agotar una idea en cada número; pero además le servía para hacer referencia a una parte en concreto dentro del mismo texto. Sería deseable que esta metodología se convirtiera en una regla pues ayuda mucho en la elaboración de las tesis e incluso en la de cualquier artículo. Mi tesis estuvo en un momento llena de párrafos numerados, sin embargo, decidí quitar los números por respeto al Maestro.

Era difícil hacerle preguntas sobre el contenido de los artículos, pues todo estaba allí. En consecuencia, lo que el Maestro hacía al hilo de su exposición era preguntarnos sobre cultura general. No había día en que

no preguntara sobre algún aspecto genérico relacionado con el tema que estábamos viendo. Imagínense lo que sucedía cuando entrábamos en la evolución histórica del juicio de amparo. Aprendíamos historia, por supuesto, pero acrecentábamos nuestra cultura y todavía aprendíamos derecho. Después, al tener una mayor cercanía con el Maestro al ser su adjunto y salir con él del salón de clases, me decía: cada vez los alumnos vienen con menos conocimiento de la historia. Seguramente eso fue lo que pensó cuando salía del salón en que tomaba clase con él.

De esta experiencia docente me queda algo que todavía conservo y aplico con mis alumnos. El Maestro Fix-Zamudio siempre hacía la pregunta al grupo, esto es, a nadie en particular, para no poner en evidencia a algún alumno. Si alguien contestaba el maestro entonces profundizaba más en el tema. Con el paso del tiempo me percaté de que ésta es una forma extraordinaria para descubrir a los alumnos que vienen con una cultura estable y, también, a los alumnos que leyeron y se informaron bien sobre el tema, es decir, a los alumnos más responsables. En lo personal, esta pregunta abierta me ha dado muy buenos resultados.

A pesar de ser oyente en el curso del Maestro Fix-Zamudio, también presenté los dos exámenes obteniendo un resultado aprobatorio. Todavía conservo en mi imagen la forma como el maestro separaba las hojas para que los alumnos las tomáramos. Hacía círculos con el dedo índice en la parte superior de un paquete de hojas y éstas se distribuían en forma de abanico. Cuando aplico un examen hago exactamente lo mismo, es relajante y ayuda a separar las hojas.

Me acuerdo que cuando le dije que había tomado su curso como oyente, explicándole mi situación, lo que me contestó fue que era doblemente meritorio. La paradoja en todo esto es que fui oyente en los dos cursos de amparo que cursé en la Facultad.

Después de tomar el curso, continúe viendo al Maestro Fix-Zamudio para la elaboración de mi tesis, no con la asiduidad debida porque los avances que lograba eran esporádicos. Un día, José Luis Vázquez Alfaro, quien también tomó el curso con el Maestro Fix-Zamudio, y yo fuimos llamados a su cubículo. Grata fue nuestra sorpresa cuando nos dijo que quería que le ayudáramos en la impartición de su clase, ya que dos veces al año tenía que acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica, de la cual fue juez y Presidente. La responsabilidad que nos encomendaba era inmensa, ya que investigadores connota-

dos en ocasiones ayudaban al Maestro en las clases que no podía impartir por tener algún compromiso ineludible, y ahora se estaba apoyando en dos jóvenes imberbes.

Las enseñanzas que aprendimos del Maestro se acrecentaron todavía más, pero ya no fueron sólo jurídicas sino también de vida. José Luis y yo asistíamos todo el tiempo a las clases y cuando el Maestro faltaba nos distribuíamos los temas. Eso lo teníamos controlado. Las verdaderas enseñanzas venían después de la clase, cuando íbamos camino a su casa, a tomar el coche y trasladarnos al Instituto. Todavía nos tocó que el maestro manejara su Mercedes color vino de los años sesenta. Después fue la señora María Cristina la que nos esperaba en casa y nos trasladaba. Pues bien, en todo ese tiempo que compartíamos con el Maestro conversábamos de todos los temas que venían a nuestra mente, de la clase, de los otros maestros, de la Universidad, del país, de las cuestiones personales, pocos eran los temas que se nos escapaban. En lo que a mí respecta, aprendí a ver las cosas de manera diferente. El Maestro no se entrega a la crítica peyorativa, como tampoco al comentario vanal. Maneja muy bien la anécdota, pues tiene una excelente memoria, y el comentario agudo o mordaz. Más de una vez soltábamos tremendas carcajadas con él. Las enseñanzas que obtuve y todavía obtengo del Maestro Fix-Zamudio no han sido exclusivamente académicas.

Tiempo después me quedé solo con la pasantía y continuamos el Maestro y yo departiendo alegremente después del salón de clase. Me acuerdo, por ejemplo, que a cierta hora pasábamos por un punto en donde se encontraban varios pasillos de la Facultad y en ese cruce varias veces nos encontrábamos al Maestro Ignacio Burgoa Orihuela. El saludo era respetuoso: “hola Héctor, hola Ignacio”, y seguíamos nuestro camino. En más de una ocasión el maestro me contó la creación del Instituto del Amparo así como el desplegado que la asociación de maestros de amparo quiso alguna vez emitir, pero esas son anécdotas que dejamos para otra ocasión.

Un día me atreví a hacer algo muy osado. Siempre acudía a las clases del Maestro y le ayudaba en las que no podía estar él. Sin embargo, nunca había dado una clase estando él presente. Todavía no sé cómo me atreví a hacerlo. Después de haberlo hecho vinieron las palabras amables del Maestro y algunos consejos que nunca olvidaré. Hablaba la voz de la experiencia encarnada en una persona sencilla y muy preparada.

Con el paso del tiempo terminé la tesis y la defendí, habiendo presidido mi jurado el Maestro Fix-Zamudio, e integrado igualmente por el licenciado Jorge Madrazo y el doctor José Luis Soberanes Fernández. Me fui a realizar estudios de posgrado en el extranjero gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas y la relación de profesor-alumno fue cambiando hasta convertirse en una relación de amistad. Muchas veces vi al Maestro y a su esposa la señora María Cristina en España, donde comíamos y departábamos alegremente, con mi esposa Graciela. Guardo con gran cariño una foto en la que la señora María Cristina, junto al Maestro Fix-Zamudio, sostiene en sus brazos a mi hija mayor María Graciela. Esta relación amistosa ha hecho que más de una vez el Maestro me diga que le hable de tú, auspiciado en varias ocasiones por la señora María Cristina, sin embargo, hasta ahora no he podido hacerlo y dudo mucho que pueda en un futuro.

Con todo lo anterior he querido dar una muestra de lo que es el Maestro Fix-Zamudio como persona y, especialmente, lo que ha representado en mi formación profesional y personal. Siempre he dicho y lo seguiré diciendo: el Maestro Fix-Zamudio vale más como persona que como jurista y eso que es el mejor jurista de México y probablemente de América Latina.

Hasta ahora sólo me he referido a una mitad del Maestro Fix. La otra mitad de él la constituye la señora María Cristina, a quien profesé un gran cariño y de quien guardo recuerdos inolvidables. Estoy seguro que en estos momentos ella está al lado del Maestro, acomodándole la corbata y diciéndole que le mandará una señal si se tarda mucho en las palabras que tenga que decir.

Maestro, han sido cincuenta años de una vida académica plena, pero más que eso de una vida ejemplar. Le deseo muchos años más de felicidad al lado de su familia.

Edgar CORZO SOSA*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

En el año de 1993 logramos obtener el título de doctor en derecho administrativo por la Universidad Complutense de Madrid, España; la calificación obtenida de *cum laude* fue muy buena, si se considera que el jurado estuvo integrado por los doctores: Eduardo García de Enterría (presidente), Alejandro Nieto García, Miguel Sánchez Morón, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Luis Ortega Álvarez.

Una vez que regresé a nuestra amada Patria (México), acudí al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, centro de alta ciencia jurídica en México, y lugar en donde había tenido el privilegio de abreviar de los autores nacionales e internacionales con que se contaban para el tema de mi trabajo, que era la *Autonomía municipal*, en especial, la parte relativa a nuestro país, ya que también se realizó el comparativo con España (Madrid), Italia (*Bologna*) y la Unión Europea.

Fui a entrevistarme a “Jurídicas” (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), con el doctor Héctor Fix-Zamudio y le mostré el trabajo doctoral, con el ánimo de que me diera sus puntos de vista para perfeccionarlo y ver la posibilidad de su publicación, él, como siempre, muy atento, con el tiempo disponible, ya que no tenía un servidor previa cita, me hizo el favor de recibirme, le mostré mi trabajo y lo vio con suma atención.

Me preguntó qué había realizado, con quién y hojeó, a grandes rasgos el trabajo, después, me contestó, que dado quienes me formaron en el doctorado y orientaron, con seguridad, sería una buena obra; sin embargo, que no era su línea de investigación, pero me hizo algunas sugerencias que fueron muy útiles.

Después de escucharlo, traté de seguir sus sugerencias y me dieron muy buen resultado, la obra se publicó en Porrúa y se presentó en la *Feria Internacional del Libro* (FIL, 1998) y la segunda edición ya se encuentra prácticamente agotada.

Durante el año de 2006 tuve el gusto de ir a saludar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación al doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor,

quien me preguntó los pormenores de mi doctorado en España, a lo que le respondí que había tenido la fortuna de contar con una gran escuela de derecho administrativo, de la cual he aprendido bastante, pero que todavía me falta.

Escuchó con atención y me preguntó que si guardaba relación con don Eduardo García de Enterría, a lo que contesté que sí, afortunadamente, seguimos estudiándole e intercambiando, de vez en cuando, algunas obras y consejos.

Fue cuando me dijo que le gustaría muchísimo que don Eduardo García de Enterría escribiera un artículo para el libro homenaje del doctor Héctor Fix-Zamudio, a lo cual contesté que era un honor para mí ser su interlocutor. Para ello, le enviamos la invitación a don Eduardo, el cual, como todo hidalgo español, de manera respetuosa, humilde, inmediata, sencilla y docta, nos envió el siguiente mensaje, el cual, dada la importancia de los dos personajes (don Eduardo, en homenaje a don Héctor), me permito transcribir:

Madrid, 20 de noviembre de 2006
Sr. D. José de Jesús Covarrubias Dueñas

Guadalajara, Jalisco, México

Mi querido amigo y colega:

Muchas gracias por su amable carta del día 14 último, así como por su libro *La autonomía municipal en México*, que me parece lleno de interés.

Debo decirle que para mí es un libro completamente nuevo, esto es, que yo no recibí en su momento la primera edición. Por ello no le había agradecido a Vd. aún su generosa dedicatoria, de la que me entero ahora al conocer la segunda edición.

Muy de veras le agradezco la generosidad, que tanto me honra.

Comienzo a leer ahora su libro, pero ya le adelanto que me parece una excelente investigación por lo que debo felicitarle muy sinceramente.

Recibo también la carta que por su intermedio me dirigen los doctores Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea, mediante la cual me invitan a participar en el libro homenaje que planean en honor del doctor Héctor Fix-Zamudio.

Tengo la mayor y más alta estima por Fix-Zamudio y justamente por ello tuve el honor de colaborar en el Liber amicorum Fix-Zamudio que promovió y editó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, con el trabajo sobre “El valor normativo de la Constitución española de 1978”, que se insertó en el tomo I.

Quizás podría pensarse que esa circunstancia pudiese hacer acaso inoportuno un nuevo homenaje por mi parte. No obstante, si Ustedes juzgasen otra cosa, tengo el gusto de enviarle una separata de un trabajo mío reciente que trata de justicia constitucional. Pueden Ustedes incluirlo en ese homenaje si lo juzgasen oportuno, y con el mayor gusto se lo dedico por mi parte al gran constitucionalista mexicano (aunque noto que acaso excede un poco de la extensión que recomiendan). Ustedes verán, con toda libertad.

Reiterándole mi agradecimiento por sus atenciones, me es muy grato quedar a su disposición, con un saludo muy cordial.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*

José de Jesús COVARRUBIAS DUEÑAS**

* Catedrático de Derecho administrativo, abogado, España.

** Doctor en derecho administrativo y en ciencias sociales políticas, México.

Al doctor Héctor Fix-Zamudio lo conocí antes que en persona por los relatos que oía en mi casa sobre él. Mi padre don Augusto Díaz Estúa compartiría dos cosas con don Héctor que los llevarían a establecer una buena relación y una amistad donde el aprecio y el reconocimiento mutuo han llegado a nosotros.

Esas dos cosas fueron compartir el trabajo y la otra la coincidencia de puntos de vista cuando eran muy jóvenes. Ambos, don Héctor y mi padre, se desarrollaron como juristas en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en aquella época la Corte, tal vez más familiar y sin una estructura tan amplia como ahora, fue algo que servía para que los compañeros de trabajo se volvieran cercanos, todos se conocían y entre todos formaban un grupo solidario y gentil.

Don Héctor Fix-Zamudio compartía las responsabilidades que le competen a un secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia con otros abogados; mi padre y él eran los únicos secretarios adscritos al Pleno, uno, mi padre, que llevaba los temas de la materia agraria y el otro, su amigo, los temas de las acciones de inconstitucionalidad, eso los unió al principio, después fue el afecto y ahora los hijos de don Augusto Díaz Estúa son amigos de su mismo compañero de antaño.

También recuerdo que mi madre me ha contado a mí y luego a mis hermanos que ella conoció también a don Héctor en la Corte, cuando coincidió que trabajaba ella en el alto tribunal y en donde conoció y se enamoró de mi padre, era la época en que todos eran más jóvenes y recuerda que don Héctor no sólo apuntaba a tener una especial agilidad mental en los temas jurídicos sino que se desplazaba por los pasillos de la Corte con igual gracia, donde coincidía con todo el mundo, saludando a su encuentro a todos, pero siempre corriendo, desplazándose por esos enormes corredores del edificio de Pino Suárez. Ahí se encontraba de vez en cuando con mis padres y a cualquiera de ellos al verlo siempre les ocasionaba alegría, aunque lo usual eran las prisas donde quedaba el revolotear de la chaquetilla que llevaba puesta encima don Héctor.

Para los Díaz Estúa, Héctor Fix-Zamudio es una persona que siempre hemos querido y admirado, que nos ha ayudado a ser mejores juristas y que sin dudarlos nos apoya, razón por la que ha enriquecido nuestra amistad, el contacto personal y el aumento de nuestro cariño hacia él cada día más.

Por eso en recuerdo de la amistad con mi padre, ahora ausente, en júbilo a cinco décadas de permanente estudio y trabajo científico, ahora esa amistad permanece continuada con mi madre y con todos los hermanos Díaz Estúa y queremos decirle a Héctor Fix Zamudio que le colme la vida de salud, de cariño y que siempre nos siga ilustrando como profesor, científico y gran señor nuestro amigo.

José Hugo Augusto DÍAZ ESTÚA AVELINO*

Yolanda AVELINO MEDINA DE DÍAZ ESTÚA
José Fernando DÍAZ ESTÚA AVELINO
José Francisco DÍAZ ESTÚA AVELINO
José Alejandro DÍAZ ESTÚA AVELINO
y en su memoria Augusto DÍAZ ESTÚA

Ciudad de México, mayo de 2007

* Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

Mi impresión sobre Héctor Fix-Zamudio

Mientras me desempeñaba en el aula de clases, con mis alumnos o en conversaciones amenas o profesionales con mis amigos, les comunicaba la admiración que sentía por el maestro Héctor Fix-Zamudio por sus innumerables estudios, libros, conferencias, ponencias, investigaciones jurídicas, en las que reflejaba un alto nivel de profundidad y erudición.

Mi interés y atención por el derecho procesal constitucional se despierta al abrigo de la lectura de los estudios publicados por Héctor Fix-Zamudio relacionados con esa materia. Lo estudié motivado por el deseo de ampliar mis conocimientos del derecho procesal. Producto de la lectura y mis reflexiones sobre ese tema, más adelante, publiqué una introducción y varios artículos.

Esta inquietud me llevó de la mano al estudio simultáneo del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, me llené de fuerza intelectual, de entusiasmo y esperanza por aportar algo al funcionamiento del Estado de derecho en mi país.

No fue producto de la curiosidad y relaciones sociales, sino de la admiración y acercamiento a la fuente del conocimiento, el anhelo de conocer personalmente al destacado jurista y el deseo de conversar largamente sobre su vida y ciertas inquietudes en nuestra materia procesal constitucional.

De repente, en nuestras meditaciones, salta la pregunta que si la persona que se desea conocer y tener amistad, es humilde u orgullosa, firme o débil, amable o insociable, bondadoso o egoísta y así tomarse el juicio de valor sobre aquella persona. De lo único que no podía haber duda era de una formación sólida y en nada superficial.

La ocasión se presentó en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la capital de México en el mes de febrero de 2002.

Primero escuché las introductorias del maestro dirigidas al Congreso y después conversé detenidamente en la casa de habitación del doctor Diego Valadés. El maestro Valadés (prestigio del constitucionalismo iberoamericano) y su familia, nos atendieron exquisitamente en una espléndida cena donde reinó la alegría, la familiaridad y el cariño de los Valadés.

Desde que se observa el aspecto, el talante, la forma de actuar y expresarse del maestro Fix-Zamudio en sus conferencias, uno percibe que se encuentra frente a una persona sencilla, honesta y generosa.

Aunque no conté con el tiempo deseado, se me presentó la preciosa ocasión de conversar con el maestro. Hablamos sobre nuestra materia, sobre su futuro, los problemas que presenta, le pedí consejos, orientaciones. Como lo esperaba, con voz suave, pausada, lenguaje claro y sencillo, con lujo de detalles, erudición y profundidad, me contestó todas mis inquietudes. En la conversación personal se comprueba lo que a la distancia, pues abre su corazón, su alma salta bondad, su humildad, su sabiduría y hombría de bien.

Que Dios lo conserve, le continúe prodigando sabiduría y vida al maestro Fix-Zamudio.

Iván ESCOBAR FORNOS*

Managua, Nicaragua, diciembre de 2006

* Profesor de Derecho constitucional; magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Nicaragua.

*Doctor Héctor Fix-Zamudio,
Una vida académica consagrada a la UNAM*

Distinguido Don Héctor:

A finales del año 2006, la Universidad Nacional Autónoma de México, nuestra querida *alma mater*, se encontraba dentro de las 100 mejores universidades del mundo. Lejos de ser consecuencia del azar, estoy convencida que son los universitarios como usted, quienes día a día fortalecen el respeto y prestigio de nuestra máxima casa de estudios, lo que solamente podemos agradecer con el profundo cariño y admiración con que reconocemos su valiosa y noble actividad académica.

En estas breves líneas es difícil plasmar la emoción sincera que inspira a los universitarios que deseamos agradecer y reconocer su generosa labor como investigador y profesor, y al mismo tiempo, participar en el festejo por sus cincuenta años de investigación jurídica. Estoy segura que tal sentir es compartido por los universitarios que de alguna manera se han acercado a usted, a través de sus obras, conferencias o cátedras.

Innumerables estudiantes de derecho le reconocen, no solamente porque merecidamente hay bibliotecas, preseas y concursos que llevan su nombre, además, porque desde 1964 hasta 1996, su presencia fue constante en las aulas de la Facultad de Derecho con su cátedra “Derecho de amparo” y desde 1966 también en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad. Así, ayudó a formar no solamente a profesionistas de destacada trayectoria profesional, sino a generaciones de profesores y estudiosos del derecho que ahora, con todo orgullo, lo reconocen como su mentor.

A pesar de que el tiempo es ingrato y hace estragos en la memoria de las personas, nunca olvidaremos la oportunidad que nos ofreció de acercarnos al pensamiento de Piero Calamandrei y Mauro Capelletti, al realizar las traducciones de sus obras más representativas y, de esta manera, ponerlas al alcance de los estudiantes.

El escribir es enfrentarse al riesgo de equivocarse al mostrar las propias ideas, reto que valientemente asumió aún muy joven, en 1946, y su pluma a la fecha no se ha detenido, creando obras completas que han llegado a convertirse en clásicas, además de las monografías, artículos de revista y participaciones en obras colectivas, que suman más de cien.

Ya desde 1964 nos ofreció su libro *El juicio de amparo*, que ha servido para formar a numerosas generaciones de abogados, y a pesar de que su labor como investigador se ha caracterizado por el continuo estudio del derecho constitucional y los derechos humanos en todas sus variantes, su actividad docente no se ha limitado a la cátedra sino que se ha extendido a escribir sobre la enseñanza del derecho y la investigación jurídica.

Al igual que otros universitarios, el coincidir en cursos o conferencias y tener la oportunidad de escucharlo nos llena de satisfacción, pues no solamente nos quedan sus enseñanzas, sino que además representa un constante ejemplo de trabajo y dedicación. Por otra parte, tener la oportunidad de hablar o disertar sobre un tema constitucional y tenerlo a usted presenciando el evento como parte de la mesa o en contadas ocasiones como asistente en el foro, implica un reto mayor inigualable para quienes el destino nos da la oportunidad de coincidir en su tiempo y espacio.

En 2002, al ser reconocido con la Medalla Belisario Domínguez por el Senado de la República, la comunidad académica y estudiantil de nuestra querida Universidad se llenó de orgullo, pues son los universitarios destacados como usted quienes hacen que nuestro lema sea una realidad: “Por mi raza hablará el espíritu”.

Hacia Usted en lo personal y su fructífera vida académica y de investigación va mi reconocimiento profundo y agradecimiento permanente.

Con cariño.

Ma. Macarita ELIZONDO GASPERÍN*
José Alfredo GARCÍA SOLÍS**

* Profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

** Coordinador de capacitación del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, México.

Los caminos de la vida del pontífice del derecho procesal constitucional: breves líneas en homenaje a medio siglo de investigación de don Héctor Fix-Zamudio

Se nos da una vida y en sus recodos inescrutables, uno decide qué hacer con ella; puesto que en el *reino de este mundo*, todos los caminos están abiertos y conducen a distintos destinos. Y con el tiempo, vemos la oquedad o no de lo andado. Es verdad, como decía Antonio Machado, que hay caminos y caminantes:

*Nunca perseguí la gloria.
Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
sino estelas en la mar...*

Y nuestro vate peruano, César Vallejo proclamaba desde su telúrica y quejumbre mirada: “*!Ah! desgraciadamente, hombres humanos, hay, hermanos, muchísimo que hacer*”; y hoy un trovador moderno dirá:

*Los caminos de la vida,
no son los que yo esperaba,
no son los que yo creía,
no son los que imaginaba
Los caminos de la vida,
son muy difíciles de andarlos,
difíciles de caminarlos,
y no encuentro la salida.*

El filósofo Fernando Savater se formula muchas preguntas sobre la vida: para empezar, la muerte; la verdad de la razón, el universo, la libertad, la belleza, el tiempo. Y así podría seguir un espiral de las preguntas de la vida. Y hoy, en su trajinar de medio siglo de investigador y a sus lozanos años de vida plétóricos y bien llevados, bien puede Usted mirar lo caminado y lo recorrido, tanto como maestro y como hombre.

Efectivamente, hay caminantes como Usted, maestro Héctor Fix-Zamudio que inician un largo periplo en lontananza del tiempo, desde donde empezó a forjar su vocación de escriba de la vida y del derecho. Sin mengua alguna, su largo trajinar ha alcanzado las grandes cumbres; sin embargo, Usted pudiendo mirar desde lo alto de lo andado, vuelca su espíritu de gran humanidad para mirar con sencillez al prójimo que se acerca a beber el talante de su inteligencia. Es Usted —y todos lo sabemos— *maestro de maestros*. Nosotros nos atrevemos a decir, desde nuestra América morena, que desde hace mucho tiempo Usted se ha convertido en el *sumo pontífice* del derecho procesal constitucional, forjado en el siglo XX y en cuya estela su pensamiento hoy se proyecta al siglo XXI; y no por algo, desde sus primeros trabajos, que datan de medio siglo hasta la actualidad, han delineado y consolidado lo que otrora fuera una incipiente disciplina; hoy, con las grandes vigas maestras de su granítica reflexión, la han convertido en la disciplina procesal del siglo XXI. Ya el eclesiastés expresaba: “No contengas la palabra cuando sea oportuna, y no escondas tu sabiduría por vanagloria”. Y creemos que los caminos andados y por andar serán para la gloria de una ciencia y para la alegría de una comunidad de académicos que celebramos este justo homenaje a su vida y a su persona; y, sobre todo para el caminante y ciudadano común, que ven tutelados sus derechos, a partir de las herramientas procesales que hoy forman los procesos constitucionales, materia propia del derecho procesal constitucional; y del cual Usted ha desvelado sus horas investigando, reflexionando y luego llevando al lenguaje escriturario, bajo el arsenal fino y erudito de toda una bibliografía antigua, clásica y contemporánea. No está de más señalar que hoy, quien quiera escribir o investigar sobre y a partir del derecho procesal constitucional, debe inexorablemente sumergirse en su oceánico pensamiento, que hoy cubre ya cincuenta años con su infatigable pluma en ristre.

Ya fray Diego de Estella expresaba: “Querer saber solamente por saber, es curiosidad; querer saber por ser conocido, es vanidad; querer saber

por adquirir honras y riquezas, es torpe ganancia; querer saber por mejor servir a Dios y edificar al prójimo, es virtud”. Y esto último es lo que ha hecho: servir al prójimo a partir de su ciencia puesta al servicio de las causas más sublimes y nobles, como es el batallar por la vigencia efectiva de los derechos humanos. Hace buen tiempo señalábamos, junto con el profesor José F. Palomino Manchego, un boceto de vuestra heterodoxa personalidad académica, que bien puede quintaesenciarse en las siguientes facetas y que en todas brilla con luz propia: investigador, maestro, publicista, traductor, divulgador, magistrado y congresólogo; si bien dichas facetas no pueden escindirse en tanto constituyen la integridad de su persona y de su ciencia.

Bien merece aquí dedicarle un rocío pletórico de letras que expresen y trasuntan el sentimiento de los que lo admiramos, respetamos y queremos. Y así, podría Usted expresar estos versos y que los conmlitones del derecho constitucional y procesal constitucional pueden hacer suyos en este justo homenaje y aniversario de sus cincuenta años como investigador. Así, como diría Walt Whitman:

Me celebro y me canto a mí mismo.

Y lo que me atribuyo, también quiero que os lo atribuyáis,

Pues cada átomo que me pertenece también os pertenece a vosotros.

Vago e invito a vagar a mi alma.

Vago y me tumbo a placer sobre la tierra,

Para contemplar una brizna de hierba estival.

Mi lengua, cada molécula de mi sangre emanan de este suelo, de este aire.

He nacido aquí, de padres cuyos padres nacieron aquí y cuyos padres también nacieron.

Es Usted hijo de un gran país que es una gran Nación. De allí lo monolítico de este México siempre *¡lindo y querido!* En su persona bien pueden reflejarse estas hermosas letras heráldicas de México y de toda nuestra gran nación latinoamericana *“por mi raza hablará mi espíritu”*; y bien puede afirmarse que por su espíritu hablará nuestra raza.

Vayan estas sencillas líneas, pero con un gran sentimiento de quienes nos consideramos discípulos suyos y que lo admiramos cada vez que abrimos uno de sus tantos libros y que nos infunden la comprensión y el entendimiento de una gran parcela en las ciencias jurídicas como es el dere-

cho procesal constitucional, llamada a ser la *primus inter pares* de las diversas ramas del procesalismo clásico como contemporáneo; y todo ello, con miras a que los seres humanos afirmen el respeto a sus derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, y del cual Usted, don Héctor Fix-Zamudio, ha realizado aportes cosmopolitas y ecuménicos al pensamiento occidental. No quisiera cerrar estas breves líneas de homenaje sin expresar nuestra sempiterna admiración al maestro y a los gratos recuerdos de haber conocido al hombre en su cotidianeidad de vida, desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas en donde, a la sazón, es el presidente honorario y vitalicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Gerardo ETO CRUZ*

Trujillo, Perú, 14 de febrero de 2007
Día de San Valentín

* Profesor en la Universidad Nacional de Trujillo y la Academia de la Magistratura, Perú.

Doctor Héctor Fix-Zamudio, investigador emérito

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Muy estimado Maestro Fix-Zamudio:

Con profunda nostalgia guardo en mi mente y corazón aquel maravilloso viaje en mayo de 2001, con motivo de su investidura como doctor *honoris causa* por la Pontificia Universidad Católica de Perú. No sólo por la emotividad del acto, que de suyo fue especial debido a la solemnidad y calidez de los distinguidos juristas peruanos que tanto lo reconocen y admiran, sino especialmente por la convivencia con usted y su señora esposa María Cristina Fierro de Fix (q.e.p.d.) durante los días posteriores, al visitar las ciudades de Lima y de Cusco, así como la majestuosidad de la antigua *llacta inca* de *Machu Picchu*.

Durante esos entrañables días pude conocer al hombre íntegro, sencillo, apacible, bondadoso, dueño de sí mismo, respetuoso y con fino sentido del humor. Aquel espíritu superior que huye de los reconocimientos y halagos superfluos, prefiriendo el trabajo silencioso, la música clásica y las películas antiguas. Su amplia cultura que gusta de las anécdotas y de la historia lo convierten en un ameno conversador. Conocí su grandeza espiritual más allá del talento como jurista que tanto admiraba desde tiempo atrás.

Con especial viveza recuerdo una mirífica velada en la que probamos la gastronomía cusqueña y la sonrisa de complicidad con su esposa cuando advertían de mi “poco apetito” ante el tradicional platillo de la región que inconscientemente había elegido: el “cuy a la parrilla”. Esta anécdota que usted me suele recordar a menudo, trae consigo otra remembranza de una significación profunda y personal. En esa misma ocasión su distinguida esposa María Cristina, con la suavidad persuasiva y sinceridad que la caracterizaban, me comentó en voz baja: “*dice mi es-*

poso que usted tiene vocación académica...". Lo repitió en dos o tres ocasiones más durante el viaje cuando conocíamos las maravillas de la cultura heredadas del Impero Inca.

Con el paso del tiempo ese comentario se hacía cada vez más presente a manera de un eco sonoro. No podía evitar pensar en ello y repensar en la posibilidad de escoger el mismo camino que usted tomó en el año de 1964, cuando eligió dedicarse a la enseñanza e investigación jurídicas y dejar el honroso cargo de secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no obstante el gran cariño que también profesaba a la función judicial.

Su decisión y firmeza vocacional han motivado sutilmente a muchos investigadores. Sirven de ejemplo para todos aquellos que quieran seguir el sendero que dignamente trazó. Sabe bien, como lo sabía su esposa, lo que representa para sus innumerables discípulos y especialmente para el que escribe. Su bonhomía y sabiduría que nos regala cada día constituyen ejemplo de vida y el recuerdo de aquel indeleble viaje en compañía de su esposa será un faro que guíe nuestro camino.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Junio de 2007

*Doctor Héctor Fix-Zamudio
Presente*

Muy estimado y apreciado don Héctor,

Con toda puntualidad recibí la convocatoria para participar en el merecido homenaje por los cincuenta años de su fecunda y destacada obra en el ámbito del derecho. Desde entonces, le manifesté al doctor Eduardo Ferrer que debido a mi reciente incorporación a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a mis limitadas capacidades dispuestas de tiempo completo a las tareas que el honroso cargo que se me confirió me imponen, no podría escribir algo sobre la temática jurídica que me envió que tuviese la calidad necesaria para que mereciera ser incorporado a esa obra, la cual se sumará a los muchos y muy merecidos reconocimientos de que ha sido objeto durante su vida.

Estoy seguro que otros académicos y profesionales del derecho, nacionales y extranjeros, mejores y más calificados, habrán de destacar y comentar su prolífica y extraordinaria producción, misma que ha enriquecido a la ciencia jurídica durante cinco décadas. Sin embargo, al extenderse generosamente el plazo para poder enviarle una carta, aprovecho la oportunidad que se me brinda para hacerle llegar estas líneas de carácter personal para resaltar y dejar constancia de la profunda admiración, respeto y afecto que le guardo.

Es curioso. Tuve el gusto de conocerle hace muchos años, como debe haberle pasado a cientos de estudiantes de derecho, sin que usted me identificara, pues ello sucedió en una conferencia a la que asistí con compañeros de la escuela Libre de Derecho, y por supuesto, varias decenas de personas más, la mayoría seguramente ese día y para siempre desconocidas para usted. También lo conocí a lo largo del tiempo, por su obra,

pues no creo que haya alguien que haya estudiado en este país (y en muchos otros) derecho constitucional y, sobre todo, derecho procesal constitucional, que pueda afirmar que no ha leído y se ha nutrido con alguno de sus libros; si lo hace, creo que encarna uno de dos personajes: al mentiroso o al envidioso.

Sin embargo, yo fui más afortunado que muchos otros y, años después de escucharle y leerle, tuve la oportunidad de tratarle personalmente, y sobre todo, de que me distinguiera desde entonces, inmerecidamente para mí, como colega y amigo lo que aprecio y reconozco de manera significativa. Ello me ha permitido no solamente conocer al reconocido jurista, profesor y tratadista, sino también al hombre que encarna al buen esposo, al buen padre, al buen mexicano y al gran amigo.

Con estas líneas felicito a mi maestro, que si no lo fue en las aulas lo ha sido en la vida, por estos “primeros” cincuenta años de valiosa producción jurídica.

José Fernando FRANCO GONZÁLEZ SALAS*

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

*Señor doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Presente*

Querido Eduardo:

Con mi más sincera petición de obtener tu disculpa, por todo el tiempo transcurrido, sin haber estado en posibilidad de escribir un ensayo digno de formar parte de esa gran obra que se estructura, bajo tu digna coordinación, en memoria de un gigante del derecho, como es, sin duda alguna, nuestro querido maestro, don Héctor Fix-Zamudio, escribo estas brevísimas líneas, para dejar testimonio permanente de mi afecto y reconocimiento por el maestro.

Dado el breve espacio, sólo tres datos, tres momentos de mi historia personal, he de mencionar, para explicar cómo don Héctor Fix-Zamudio ha ejercido influencia determinante en mi vida profesional, en general, y académica, en particular.

1. En 1983 el Colegio Nacional publicó, por vez primera, la *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, que vino a proponer un contenido sistematizado del derecho procesal administrativo mexicano, tan importante pero olvidado o poco estudiado por los tratadistas del derecho en nuestro país.

Mi interés en la materia obedecía a una dual necesidad, una de orden pragmático, porque en esa época prestaba mis servicios como secretario de Estudio y Cuenta en la Sala Superior del entonces Tribunal Fiscal de la Federación; la otra vertiente de mi requerimiento era de naturaleza académica, dada mi actividad como profesor de Práctica forense o clínica de derecho administrativo y de Derecho fiscal, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De esa gran obra aprehendí¹ dos temas fundamentales: 1) la diferencia entre justicia administrativa y derecho procesal administrativo, que he aplicado para otras ramas del derecho, y 2) la autonomía de las distintas ramas o disciplinas jurídicas es un problema mal formulado, atribuyéndole importancia exagerada, sin tomar en cuenta que sólo tiene un objetivo fundamental, consistente en la sistematización conceptual de la materia.

2. En 1993, cuando solicité el registro de mi tema de investigación, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, con la intención de obtener el grado de doctor en derecho, grande fue la sorpresa e inquietud, porque sugerí el título *Derecho procesal electoral mexicano*, la propuesta fue aceptada y concedido el registro solicitado.²

Mayúscula fue mi satisfacción cuando leí el prólogo escrito por el maestro Héctor Fix-Zamudio, para el libro de Javier Moctezuma Barragán, intitulado *José María Iglesias y la justicia electoral*.³ En esa oportunidad el maestro expresó: “De la breve descripción que hemos hecho con anterioridad se puede fácilmente concluir que el libro del doctor Moctezuma Barragán constituye una significativa aportación a la escasa bibliografía mexicana sobre la obra del ilustre José María Iglesias, y especialmente en cuanto a su trascendencia en *el naciente derecho procesal electoral mexicano...*”.⁴

3. Finalmente, cabe recordar la gran reforma constitucional de 1994, que instituyó, para el derecho mexicano, la denominada “acción de inconstitucionalidad” de leyes expedidas por el Congreso de la Unión, los Con-

1 No se trata de un dislate ortográfico, sino una libertad gramatical, para mejor decir o quizá escribir la idea-pretensión que encierra el uso del vocablo.

2 La investigación la llevé a cabo bajo la tutoría del doctor Cipriano Gómez Lara, a la sazón Magistrado de la Sala Central del Tribunal Federal Electoral. El trabajo fue aprobado por mi tutor en mayo de 1996 y, por los sinodales correspondientes, en los meses subsecuentes. Una vez actualizada con las reformas constitucionales de agosto y las legales de noviembre, ambas de 1996, la obra fue editada por McGraw-Hill Interamericana Editores (México, agosto de 1997 y septiembre de 1999). Actualmente, la publicación está a cargo de Editorial Porrúa, (2a. ed., México, 2006).

3 El libro fue publicado en 1994, por la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. El prólogo está fechado en Ciudad Universitaria, diciembre de 1993.

4 *Ibidem*, p. 12.

gresos de los estados de la República y por el órgano legislativo del Distrito Federal, con una importante salvedad, al prohibir la procedibilidad de la acción en materia electoral; error, en mi concepto, que fue superado con la nueva reforma de 1996, al artículo 105 de la ley suprema de la Federación, en cuyos términos se establece ya el control abstracto de constitucionalidad de las leyes electorales, tanto federales como locales, con independencia de su control concreto, al analizar y resolver sobre la constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales, como facultad propia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, según lo previsto literalmente, ahora ya de manera indiscutible, en el artículo 99 de la carta magna, a partir de la reforma publicada oficialmente el 13 de noviembre de 2007, en vigor a partir del día siguiente.

Con estas nuevas disposiciones constitucionales se ha dado, en México, un impulso evidente al estudio de una rama del derecho poco analizada, el “procesal constitucional”, cuyo precursor en nuestro país ha sido, sin duda, el maestro Héctor Fix-Zamudio, de quien el editor de la “Revista de la Facultad de Derecho de México” escribió, en 1956, con motivo de la tesis y graduación como licenciado en derecho del ahora investigador emérito por la Universidad Nacional Autónoma de México, “Felicitamos al licenciado Fix, quien por su modestia, talento y preparación, merece llegar a ser uno de los astros de primera magnitud en el firmamento jurídico de México...”.

El tiempo no sólo ha hecho realidad el deseo-vaticinio, ha permitido, con creces, trascender nuestras fronteras.

¡Enhorabuena Maestro!

Flavio GALVÁN RIVERA*

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Profesor de Carrera, titular por oposición, en la División de Estudios Profesionales Facultad de Derecho de la UNAM y profesor de asignatura en la División de Estudios de Posgrado de la propia Facultad, México.

Mi querido Héctor:

Aunque no necesitas reconocimientos pues tu trayectoria y obra en sí misma hablará siempre por tí, tus amigos nos sentimos tranquilos de dejar en la memoria escrita nuestro testimonio de la huella que tu vida ha dejado en cada uno.

Comencé a tratarte desde octubre de 1965, cuando me inicié como secretario de Estudio y Cuenta en la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia. Eras entonces secretario del Pleno y ya un reconocido —muy joven— jurista. Platicábamos en los corredores del edificio viejo de Pino Suárez y en los de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, donde impartíamos nuestras primeras clases como profesores. Habíamos ya presentado nuestros respectivos exámenes de oposición.

Antes de eso nos había presentado, algún día, en algún encuentro callejero casual en el viejo centro de la ciudad, mi señor padre, Don Hilario Gamas Colorado, juez federal de carrera, a la sazón magistrado en el Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Después me comentó: ese joven es el secretario más talentoso que he conocido en veinte años en la Corte y una bellísima persona; algún día será ministro de la Corte. El juicio fue exacto y la profecía, con todo respeto a las altas magistraturas, aunque cumplida se quedó corta. Nuestro más alto tribunal tuvo siempre en tí un abogado, promotor y guía; por su parte, el Continente Americano, rico en tradición jurídica, ganó una de sus más grandes figuras. Es la realidad que todos reconocemos y con orgullo expresamos aunque sabemos que el elogio te incomoda.

Encontré siempre en tí la orientación solicitada, que me ayudara en mis labores, que siempre tendré presente, junto con los de nuestro común amigo y compañero Santiago Barajas Montes de Oca. Tengo el privilegio de haber sido de las pocas personas a quienes comentaste la opción entre seguir la carrera judicial (eras candidato ganador para cualquier Juzgado de Distrito) o pasar a ser investigador del entonces Instituto de

Derecho Comparado. Tomaste una decisión que fue definitiva para el enriquecimiento de la ciencia jurídica.

Dos años después de mi ingreso a la Suprema Corte de Justicia fui invitado a laborar en la Dirección General de Crédito de la Secretaría de Hacienda, invitado por uno de mis jurados en mi examen de oposición, y amigo común, Miguel de la Madrid. Satisfice así mi vocación no tanto por la judicatura sino por el servicio público en el ámbito administrativo financiero. Seguimos viéndonos ahora con la presencia de Miguel, quien mantuvo siempre afecto y admiración por tu talento y personalidad.

Bajo la dirección de Don Roberto Molina Pasquel, entonces a cargo de los asuntos jurídicos en la Secretaría de Relaciones Exteriores, el Instituto hospedó los cursos que entonces impartía la Facultad Internacional de Derecho Comparado con sede en Estrasburgo, los cuales seguí y terminé junto con mis amigos entrañables Salvador Rocha Díaz y Manuel Barttlet Díaz. Nos diste asilo durante algunos recesos, entre clases y exámenes, en la torre de Humanidades durante los casi dos meses que duraban alternados en tres años.

Fue entonces que me indicaste la pobre —entonces— bibliografía mexicana en materia de derecho constitucional comparado. Me invitaste así a formar parte del Instituto, ya dirigido por ti, con la entonces existente categoría de investigador especial. Escribí mi primer libro *Regímenes parlamentarios de gobierno* que terminé en la Biblioteca Nacional de Australia en la ciudad de Canberra, donde el destino y la decisión presidencial me llevaron a la Embajada nuestra, gracias a la distinción que me guardó nuestro amigo Emilio O. Rabasa, flamante secretario de Relaciones Exteriores, que me presentó con el presidente de la República a fines de 1970. ¡Vueltas que da la vida! Sustituí como embajador nada menos que a Don Roberto Molina Pasquel.

Te doy gracias de nuevo por tu paciencia. La entrega del libro se atrasó por razón de mis actividades en la administración y luego el servicio exterior. La motivación que en todo momento recibí de ti me convirtió en autor. Las instituciones parlamentarias me habían fascinado desde mis tiempos de posgrado en Francia donde habían decaído. Pude revivir mi interés y vivencia del sistema en Australia.

Me ayudaste a entender que el derecho constitucional era fundamentalmente el estudio “jurídico” de la Constitución. En la época, finaliza-

ban los días dorados del viejo régimen con su triunfal desarrollo estabilizador —el milagro mexicano— cerrado por la tragedia de 1968.

El derecho constitucional se estudiaba junto con la ciencia política. Ese era mi sistema. Nunca oculte la realidad del sistema presidente-partido a mis alumnos. Lo explicaba a partir de la dualidad norma-realidad, estructura formal y estructura informal como explicaba el estructural funcionalismo norteamericano del cual era —y sigo siendo— devoto; pensé y pienso que fue una etapa natural en el desarrollo de México y que las cosas no habrían podido ser de otra manera. Esa escuela sociológica me era necesaria para explicar la norma y el comportamiento político vigente, que antes de la tragedia del año olímpico, merecía mi reconocimiento que hoy mantengo por sus muchos puntos positivos: viví y estude sin cortapisas, en libertad, y con seguridad, en una atmósfera de alegría y optimismo, como tantos hijos de la clase media provinciana aclimatada en la entonces bellísima Ciudad de México. Recuerdo aquella celebre novela, casi olvidada de Luis Spota sobre el México de las décadas de los cuarenta y cincuenta “Casi el Paraíso“, postulado que parecía realizable en los sesenta por el extraordinario desarrollo económico con empleo, salario real creciente y estabilidad interna y externa. Los maestros universitarios éramos rápidamente absorbidos por el servicio público y la política. Así fue con nuestros amigos y compañeros Sergio García Ramírez, Pedro Zorrilla Martínez, Miguel González Avelar... Hoy ha tocado el turno a los egresados del ITAM y del Tecnológico de Monterrey.

Tú permaneciste en la Universidad porque decidiste que era tu vocación y tu camino.

Recuerdo tu visión del sistema federal y de la división de poderes que me llegaste a explicar. Entendí que había que profundizar las disposiciones constitucionales con las que pacientemente se construían fragmentos de teoría más tarde integrados. De mi enfoque sociológico comencé a profundizar la razón jurídica. Más adelante expresé por escrito mi primera aproximación a un federalismo entendido como sistema de derecho y no como simple estructura política.

Tus ideas se irían consolidando para llegar a nuestro actual control de constitucionalidad, para mí, sin duda, la más positiva de tus influencias.

Desde que percibí desde nuestros primeros encuentros en los corredores de la Suprema Corte de Justicia tu trato sencillo y modesto, tu mirada directa y diáfana, lo sencillo y profundo de tus expresiones, la limpieza

de tu vida personal y familiar, han transcurrido cuatro décadas completas. Quizás lo que más me ha impresionado de ti es que hoy, después de haber realizado una obra inmensa y haber obtenido todos los reconocimientos habibiles en el continente y fuera de él, eres la misma persona.

Con afecto

José GAMAS TORRUCO*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

*Doctor Héctor Fix-Zamudio
Presente*

Distinguido maestro:

El vivir en sociedad implica el asumir derechos y obligaciones. El deber de todo mexicano es participar de manera directa y responsable en las tareas que no sólo lleven a la autorrealización, sino también que repercutan en beneficio de los componentes de la colectividad.

Dentro del ámbito de nuestro país encontramos en el devenir histórico y en los tiempos actuales un número reducido de compatriotas que han cumplido con estas obligaciones y todos los demás solo se preocupan por sus intereses personales. En el grupo de conciudadanos de excepción detectamos que muchos de ellos llevan al cabo acciones que trascienden en la colectividad pero cuyo objetivo es similar al grupo mayoritario, o sea el utilizar determinados medios para enriquecerse, a cambio de sus acciones, lo que desmerece la realización de sus actividades y empequeñece el conjunto de elementos humanos, honestos e interesados en el progreso colectivo.

Diversas son las actividades que se efectúan dentro de un conglomerado social, y cada una de ellas está sujeta, en cuanto a su cumplimiento, a lo anteriormente citado.

Al cursar las materias del posgrado en derecho tuvimos conocimiento de un maestro capaz, modesto, honorable y de fama internacional; que motivaba que al entrar a impartir su cátedra se sumaran alumnos de otros grupos para escucharlo y ser orientados sobre diferentes temas. Que sus actividades como docente, investigador y perito en la interpretación de la ley, se conjugaban con el don de gentes y su disposición para proporcionar apoyo académico a quien lo solicitara. Ante el impacto de dicha información y agregado por tener algún lazo con mi estado, Durango, me sentí atraído por tal maestro. Supe que su estimada esposa tenía sus raíces en el norte del estado de Durango y a ello correspondía el apellido de

Fierro. Después tuve la fortuna de que fuera mi maestro y ratificar lo que había escuchado.

Posteriormente, al desempeñar el puesto de secretario particular del entonces regente o jefe del departamento del Distrito Federal, Manuel Camacho Solís, se fortaleció mi amistad con el doctor Diego Valadés, que también formaba parte del equipo de trabajo al frente de dicho departamento. El doctor Valadés influenciado por usted, convenció al licenciado Camacho Solís sobre la creación de un *ombudsman* para el Distrito Federal y provocó que me adentrara en el estudio de esta figura defensora de los derechos humanos, ante los actos de autoridades del Distrito Federal. Se creó el *ombudsman*, con la denominación de procurador social, mediante un decreto y fue designado como su titular el licenciado Salvador Pliego Montes. El mencionado amigo solo fungió como tal durante algunos meses, debido a problemas con su salud. Al tener que retirarse el licenciado Pliego de la responsabilidad, fui designado como procurador social del Distrito Federal, cargo que ocupé de 1990 a 1995.

Años después y con la honrosa responsabilidad de ser parte integrante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, tuve la oportunidad de conocerlo a usted con mayor amplitud.

El conocimiento directo fortaleció el criterio y la seguridad de las enormes cualidades que posee su distinguida personalidad, que ha trascendido fronteras.

Bien y justo es el juicio que ha emitido el doctor Sergio García Ramírez: “Fix-Zamudio se ha colocado a la cabeza del derecho en México”... “No hay duda, del jurista mexicano más conocido, citado y celebrado dentro y fuera de nuestro país”.

Variadas y ricas son las líneas de investigación por las que ha incurrido, entre ellas: derecho constitucional mexicano; derecho constitucional comparado; derecho de amparo en el mundo; metodología, docencia e investigación jurídicas; el Poder Judicial en México; derecho procesal constitucional; protección jurídica de los derechos humanos; defensa de la Constitución; el sistema presidencial mexicano, y muchos otros de autoría única. Su apertura le ha inclinado a aceptar participar en la elaboración de libros, conjuntamente con otros coautores como *El Poder Judicial en la Constitución de 1824 y Evolución del control constitucional en México*, que son algunos de esta característica.

Desempeñó el puesto de presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ha colaborado en las Naciones Unidas sobre la Protección de las Minorías; creador y constructor de la promoción para instaurar el *ombudsman* en diferentes estados y países y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Sus aportaciones han rendido frutos en la doctrina jurídica mexicana e internacional, y entre algunas distinciones le ha sido otorgado: el Premio UNESCO de Enseñanza de los Derechos Humanos, el Premio Nacional de Historia, Filosofía y Ciencias Sociales; el Premio Nacional de Jurisprudencia, entre otras preseas.

Su modestia y honorabilidad no están sujetos a ninguna duda, al igual que su capacidad singular.

Podemos afirmar que usted forma parte de un grupo pequeño de ciudadanos de excepción, con su lugar en la historia del derecho mexicano y que ha respondido con plenitud, con su positivo caminar, para bienestar de la comunidad.

A sus cincuenta años de arduo trabajo y de universitario brillante, nos obligan a un sincero reconocimiento y presentarlo como ejemplo para las generaciones actuales y las que están por venir.

Un abrazo fraterno

Máximo N. GÁMIZ PARRAL*

Durango, Dgo., a 20 de julio de 2007

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Lima, 1o. de junio de 2007

Señor doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Señor doctor Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
México

Estimados amigos:

Respondiendo a la gentil invitación que me formularan en meses pasados, me es grato adjuntar a la presente mi trabajo “El derecho procesal constitucional en expansión [crónica de un crecimiento]” que va dedicado especialmente para el homenaje que se aprestan a realizar en conmemoración de los cincuenta años de fructífera vida académica de Héctor Fix-Zamudio, a quien todos reconocemos como una de los grandes maestros del mundo jurídico de nuestro tiempo.

El referido trabajo pretende hacer un recorrido, si bien bastante escueto, sobre la producción bibliográfica en torno al concepto de “derecho procesal constitucional” que se ha visto en nuestro hemisferio, con la excepción de los países del *common law*, que por ser una familia jurídica distinta a la nuestra, se mueve con otras categorías, distintas pero no por ello menos eficientes.

Lamentablemente, en el afán de cubrir lo máximo posible, si bien con la concisión necesaria, me ha salido un texto más extenso de lo que pensaba, así es que he optado por desgajar de esa totalidad tan solo las primeras partes, para respetar los límites de espacio que ustedes me han asignado, y que son directivas que por cierto hay que cumplir, si es que queremos que el colectivo organizado llegue a buen puerto.

En esta primera parte que ahora entrego, podrá confirmarse cómo el *nomen juris* de la disciplina nace en nuestra América, y en consecuencia, al nacer así, surge la necesidad de fijar su contenido, sus alcances y lo que busca y comprende.

Quien primero señaló la necesidad de que esta materia fuese objeto de una disciplina independiente, fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, emi-

nente procesalista español que obligado por el exilio que le impuso la contienda civil española, recaló en la ciudad de Buenos Aires, en donde asienta su partida de nacimiento (1944) reafirmando al año siguiente (1945). Posteriormente, su viaje a México, país en el que estuvo más de treinta años, lo obligó a ratificar ese aserto desde un primer momento, pero no le cupo a él construir los cimientos de lo que había fundado. La pléyade de procesalistas que forjó el *elan* vital de Alcalá-Zamora se dispersó en varios temas, pero solo fue con Héctor Fix-Zamudio que esta necesidad se hizo carne en su tesis de licenciatura, que como paso obligado de grado, prácticamente no tuvo mayor eco (1955). Y tampoco lo tuvieron las publicaciones parciales que de algunos capítulos de su tesis se hicieron en revistas jurídicas mexicanas, seguramente por la novedad de la tesis propuesta, no obstante que circuló ampliamente. Es indudable que ese fue el inicio para el desarrollo de lo que vino después, expresado en conferencias, artículos, ponencias a eventos académicos y una amplia docencia ejercida en varios ámbitos de México y luego en otros países del exterior.

De hecho es importante recalcar la importancia del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, llevado a cabo en la ciudad de México en agosto de 1975, que ha sido un punto de vital importancia. Pues con posterioridad a esa fecha, se han sucedido jornadas, seminarios y congresos de derecho constitucional, que han tenido su punto de partida en este encuentro inicial, sea porque son los mismos impulsores, sea porque son otros organizadores que reconocen el esfuerzo inicial, que lo continúan o que prefieren actuar por su cuenta, pero siempre en una tendencia de encuentros de esta índole que se amplía y diversifica. Y desde entonces no ha hecho más que multiplicarse, repercutiendo en los ámbitos internos de cada país, muchos de los cuales han reforzado los encuentros locales o los han iniciado y continuado desde entonces, como es el caso concreto de Perú.

Este paso de 1975, que debe considerarse pionero, ha sido obra y designio de los juristas mexicanos agrupados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entonces dirigido por Héctor Fix-Zamudio, a quien se debe el empuje inicial y luego el apoyo decisivo para su realización.

Como parte de este esfuerzo y también dentro del Primer Congreso de 1975, la atención de Fix-Zamudio estuvo centrada en los problemas de co-

laboración entre procesalistas y constitucionalistas y por cierto en la disciplina que él estaba estudiando por entonces, el “derecho procesal constitucional”.

Desde esa época es que se dedicó a cimentar la disciplina, en labor casi solitaria llevada a cabo durante largos años, en medio de la incompreensión de muchos de sus contemporáneos, como sucede siempre en estos casos. Muchas de sus reflexiones constan en artículos y ponencias de la época y en libros orgánicos, como aquel que se titula *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)* que presenta planteamientos importantes que servirán de referencia para futuros trabajos.

Por lo general, los fundadores son los que se encuentran siempre con las mayores dificultades, y esto explica porqué Fix-Zamudio tuvo que hacer muchos rodeos, muchas reflexiones e incursiones varias para poder fijar su contenido, ya que en cierto sentido pisaba tierra virgen (su maestro Alcalá-Zamora y Castillo lamentablemente no volvió más sobre el tema, y en el propio mundo jurídico mexicano, no interesaba en esa época más que el amparo, visto por lo demás, de una manera muy tradicional).

Esto explica por qué los planteamientos de Fix-Zamudio, siendo todos ellos originales y novedosos y que además fueron bien conocidos, no tuvieron un eco inmediato, si bien todos al final hemos abrevado de sus enseñanzas. Son los problemas y los tropiezos que tienen siempre los que se inician en algo nuevo, pues al explorar terrenos ignotos, se dan marchas y contramarchas que dificultan sus avances.

No obstante esto, la obra de Fix-Zamudio se ha enriquecido de continuo, de la cual es muestra clarísima la segunda edición de su notable libro dedicado a la defensa de la Constitución, así como su estupendo manual escrito con la eficaz colaboración de Salvador Valencia Carmona.

En lo personal, recuerdo haber conocido a Fix-Zamudio en aquellas jornadas memorables de 1975, cuando él era un hombre hecho y derecho y yo recién me iniciaba tímidamente en el mundo de la academia... Era por entonces director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y su secretario era Rolando Tamayo y Salmorán. El evento al que me he referido fue, como he mencionado, el primero de una larga lista de encuentros que se mantienen hasta ahora, y es mérito de los juristas mexicanos haber iniciado esta serie que felizmente no ha sido interrumpida. Si analizamos, por ejemplo, lo que sucedía en las generaciones an-

teriores, es evidente que existían contactos entre los diversos juristas del área. Para referirnos solo a los más destacados, recordemos que Niceto Alcalá-Zamora y Castillo estuvo en muchos de nuestros países dando conferencias y estudiando nuestros problemas, como mucho antes lo estuvo Luis Jiménez de Asúa (que allá por 1926 escribió un libro sobre el derecho penal en Perú a raíz de una larga visita a nuestro país). Otra figura importante, Luis Recaséns Siches era también huésped obligado en nuestros eventos y gran conocedor de lo que se publicaba entre nosotros. Y a nivel de constitucionalistas, el que quizá más había circulado era Carlos Sánchez Viamonte, que por motivos políticos pasó una larga residencia en México. Y lo mismo podríamos decir del siglo XIX, pues siempre hubo una gran movilidad entre nuestros intelectuales que se conocían, se escribían y se visitaban... Pero todo esto eran esfuerzos individuales, visitas o viajes solos con propósitos definidos, que por más que fuesen de suma utilidad, no dejaban de ser esfuerzos aislados o de dos o tres personas.

Hoy por el contrario, los contactos son más amplios y los encuentros gremiales se suceden no solo con más frecuencia, sino con mayores repercusiones. Y esto se ve en muchas disciplinas, pero en lo concerniente al derecho constitucional es mérito indiscutible de Fix-Zamudio y de sus colegas y discípulos el que hoy exista una comunidad constitucional latinoamericana.

Hay algo que también cabe llamar la atención sobre la obra de Fix-Zamudio. Y es su contemporaneidad y su universalidad. Lo primero, porque estuvo siempre atento a lo que pasaba en su entorno y afrontó siempre los problemas que se venían y que merecían su atención... en ningún momento se ancló en una idea o en un proyecto, sino que siempre trataba de entrar en confrontación, cordial es cierto, con las cosas nuevas, fuera para disecarlas, modificarlas o aceptarlas. Y en cuanto a su universalidad, tiene un doble sentido: que a diferencia de otros, ha trascendido los límites de su patria y ha obtenido un decidido reconocimiento allende sus fronteras. Y por otro, que toda su obra trasunta este interés por lo universal, o sea, por lo que sucede en otras partes, en especial por los centros productores de doctrina moderna, y de manera especial por lo que se dice, piensa y escribe en Latinoamérica, que ha encontrado siempre en la obra de Fix-Zamudio un eco cordial y comprensivo.

Como sucede con los precursores, el esfuerzo por abrir trocha es inmenso y no siempre se desbroza bien el camino o probablemente no se arriba necesariamente a puerto seguro. Pero ese es el precio que generalmente pagan los que inician o encabezan la ruta. Pero esto es precisamente lo que aprovechamos los que venimos después, que nos subimos sobre sus hombros para ver más lejos.

Pero al lado de esta férrea dedicación a lo académico, al hacer y decir cosas, está la personalidad humana de quien así lo hace. Todo aquel que haya tratado, aun superficialmente a Fix-Zamudio, sabe que es un hombre que vive al margen de los honores mundanos, pues a diferencia de otros, no ha sabido marearse con la altura, sino que sigue siendo el hombre bueno y sencillo que siempre fue.

El justo homenaje que han organizado ustedes para conmemorar los cincuenta años de este trabajo ejemplar por hacer ciencia y ciencia procesal constitucional, merece, sin lugar a dudas, nuestro más amplio reconocimiento, y mis mejores deseos para la culminación y éxito de la obra que están preparando.

Cordialmente

Domingo GARCÍA BELAUNDE*

* Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; profesor en la Pontificia Universidad Católica, Perú.

Apreciado doctor Ferrer Mac-Gregor

Los integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los funcionarios de este Tribunal hemos recibido su amable invitación para colaborar con la obra destinada a exaltar la personalidad y trayectoria de nuestro admirado amigo Don Héctor Fix-Zamudio, que será publicada y se unirá a otros testimonios de aprecio y admiración al eminente jurista mexicano.

Varios jueces y funcionarios de la Corte hemos hecho llegar a usted, en lo personal, artículos que contienen comentarios y reflexiones sobre diversos temas jurídicos, así como en torno a la trayectoria del profesor Fix-Zamudio.

En mi propio artículo me he referido a esta cuestión, destacando también la excepcional tarea cumplida por aquél como juez, vicepresidente y presidente de la Corte Interamericana en el curso de doce años de fecunda labor.

Creo interpretar con fidelidad el pensamiento de mis colegas al adherir nuestro homenaje al que hacen otras personas e instituciones, todas con buenas razones para unirse a la celebración humana y académica del eminente catedrático e investigador.

Las razones de nuestra concurrencia institucional, más allá de la cercanía amistosa, cultivada a lo largo de mucho tiempo, se concentran en el unánime reconocimiento de las valiosas aportaciones de Fix-Zamudio al desarrollo y la consolidación de la Corte en una etapa especialmente importante y difícil: los años inmediatos posteriores a la fundación, durante los que el Tribunal debió establecer su perfil, llevar adelante sus primeros y fundamentales desarrollos jurisprudenciales y acreditar su valor y eficacia ante las diversas instancias del Sistema Interamericano e igualmente frente a un amplio conjunto de observadores, que pudieron analizar y estimar el desempeño jurisdiccional en esa etapa de prueba.

En la Corte se tiene el mejor recuerdo de la bonhomía, laboriosidad y talento del profesor Fix-Zamudio, que manifestó en toda ocasión para bien de las actividades institucionales y estímulo de quienes participaron en ellas.

Hizo contribuciones relevantes a la jurisprudencia por su intervención en numerosas opiniones consultivas y decenas de sentencias sobre asuntos contenciosos. Igualmente sirvió al desenvolvimiento administrativo del Tribunal, para el que gestionó, con eficacia y constancia ejemplares, sendos apoyos que hoy favorecen la buena marcha del organismo.

Quien visita la Corte Interamericana y conversa con sus miembros y colaboradores de hoy, o con los actores y testigos del quehacer cumplido en años precedentes, escucha las expresiones de aprecio y agradecimiento que a todos merece el doctor Fix-Zamudio, como antiguo integrante del Tribunal, eminente jurista de proyección internacional y juez probo y competente. Su prestigio individual contribuyó al prestigio del Tribunal en diversos círculos donde se reconoce y admira su magisterio.

En estas líneas recojo el parecer manifestado en múltiples ocasiones por los integrantes de la Corte, sin perjuicio de las opiniones, que constarán en el volumen de homenaje a Don Héctor, que cada juez o funcionario exponga acerca de sus experiencias y recuerdos. Los míos son, por supuesto, de suma gratitud y afecto.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi consideración distinguida y celebrar la iniciativa que asumió, con otros colegas, para hacer honor a quien honor merece. La Corte Interamericana, casa de Don Héctor, no podía estar ausente de este acto de justicia.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

México, D. F. a 25 de marzo de 2007

*Doctor Héctor Fix-Zamudio, investigador emérito
del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Presente*

Mi muy estimado y respetado doctor Fix-Zamudio

Hablar de usted es un reto, pues la sola mención de su nombre levanta, hasta en los más expertos, sentimientos de respeto; pero escribirle unas líneas es doble reto, toda vez que expresar lo que usted ha dibujado en el alma de una entre miles, implica descifrar los jeroglíficos que entrelazan las líneas de agradecimiento, emoción, admiración y cariño que le profeso. Esto último me atrevo a decirlo tanto a título individual como familiar.

Por mi interés en los derechos fundamentales, sus obras empezaron a ser lectura obligada y marco de referencia, cuyo contenido poco a poco se convirtió en punto de partida de múltiples reflexiones, pero sobre todo, en indelebles vocablos que rondaron mi mente, sensibilizaron mi vista; silenciosa pero perennemente, rozaron la membrana de mis oídos y, más de una vez, hicieron vibrar mi espíritu.

Así fue como lo conocí por primera vez, siendo sujeto pasivo en sus conferencias, leyendo sus libros, artículos y separatas y confieso, desde el primer momento, lo admiré y quedé atrapada con el contenido de sus obras llenas de enseñanzas. Cada vez que recogía y recojo en algún estante una obra suya, mis sentidos automáticamente se alertan porque saben que tienen que estar prestos para encontrar alguna novedad o reflexión inédita y extraordinaria.

Poco a poco entendí de sus escritos, más que la fuerza de la palabra, que ya de por sí es alta, la importancia del ejercicio de la libertad de expresión y sus subespecies: la libertad de conciencia y de cátedra que usted nunca ha abandonado.

Con un manejo perfecto del léxico jurídico siempre lleva de la mano al lector; con gracia, prudencia, sensibilidad y cómo dice mi madre, con tono, tino y tacto, desata interesantes discusiones que llegan a demoler, en algunas ocasiones, hasta los pilares que se estimaron por décadas lo suficientemente sólidos para no ser cuestionados y claro, en medio de los diálogos, allí está don Héctor Fix-Zamudio, revolucionando lo establecido; adelantándose a su época; pionero como siempre en sus ideas y, sobre todo, ejerciendo su derecho al libre pensamiento. Sus conocimientos en concreto en materia de derechos humanos y, punta de lanza en México no solo de derecho procesal constitucional, sino de su igual, pero en el derecho comparado, es un legado que ha dejado huella dentro de la historia jurídica mexicana.

Por eso, si hay algo que lo ha caracterizado es la forma cómo ha abierto, con la maquinaria más fuerte, brechas para las nuevas generaciones; en esos surcos desdoblados, ha sembrado muchas causas, cuyos frutos, algunos usted mismo ha recogido, pues ha vivido en carne propia, cómo las leyes han ido evolucionando y hasta instituciones que ha impulsado se han creado. Hartos frutos más, sin embargo, por ser demasiado adelantados a su época, los recogerán, con toda certeza, las nuevas generaciones.

No tengo duda en señalar que quien más se ha beneficiado de su pensamiento ha sido la sociedad mexicana en general y el mundo jurídico en particular. La precisión y genialidad en sus ideas lo han convertido, sin que usted lo haya buscado, en un hombre de prestigio que ha tocado latitudes alcanzadas por muy pocos. Los mexicanos nos sentimos orgullosos de investigadores de su talla, sobre todo, al saber que son contadas, si es que las hay además de usted, las personas que han sacrificado el altísimo cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por dedicarse a la investigación y al libre pensamiento, eso lo hace ser todavía más admirado por propios y extraños.

Un ave vuela y lo hace alto; su constante aleteo y roce con los aires le produce un sentimiento de libertad que una vez probada no le permite nunca ser enjaulada, ni siquiera ofreciéndosele una jaula de oro, así, usted sacrificó un dignísimo cargo, pero no la libre manifestación de las ideas, cuyo ejercicio una vez probado, nunca ha querido abandonar. Expresar en forma totalmente libre las ideas, es sentirse como una ave que vuela casi sin que la vista lo vea, porque sus límites son su propio aleteo y la conciencia de las consecuencias de sus palabras.

Solo me resta decir, que agradecida estoy y estaré siempre, porque a pesar de sus múltiples ocupaciones, tuvo la paciencia, gentileza y comprensión para fungir como tutor en mi tesis doctoral. Traigo esto a colación porque haré aquí mi segunda revelación, en la que profeso nuevamente mi admiración y respeto hacia su persona y obra; y es que... he aquí la historia: en una de las muchas ocasiones que me permitió visitarlo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante la elaboración de mi trabajo doctoral, en el pasillo hacia su oficina, me encontré a una ilustre jurista y ante la respuesta a sus amables preguntas de ¿a dónde y con quién vas?, me miró fijamente y me dijo dos veces que si me daba cuenta de lo privilegiada que era de tener un tutor de su tamaño. Y ¡claro!, ¡cómo no iba a estar consciente de ello! si cuando tuve el honor de que aceptara ser mi tutor, tercera confesión, me preparé tanto como si hubiera acudido a una entrevista laboral. En mi interior pensaba ¿y que le voy a decir al doctor? y, ¿qué puedo aportar en una charla a un jurista que en su rama, todo lo sabe? Al llegar a usted, su tranquilidad y generosidad lograron en mí un equilibrio interno, que permitió que las palabras fluyeran. Mis múltiples imprecisiones fueron corregidas con tanta sutileza, que poco o nada dolieron, aunque sí apenaron. Y sí no ha habido un solo instante en el que haya dejado de sentirme honrada de haber estado cerca de usted por esos años. Valoro cada comentario realizado y cada uno de los artículos que me entregó, la bibliografía que me proporcionó, así como el mucho y muy sagrado tiempo que me dedicó. *Gracias y sí, sí soy afortunada.* Tenga la seguridad que tiene en mí una pupila comprometida con el derecho y que cada vez que siento poca fuerza, pienso en usted y casi en automático, retomo mis tareas de lectura y actualización: usted es una de mis fuentes de vida.

A nombre de mi esposo, Fernando Mendoza Rodríguez, de mi amada madre, doña Olga Sánchez Cordero de García Villegas, de mi querido padre, don Eduardo García Villegas, de mis hermanos Olga y Eduardo y del mío propio, le doy las gracias por todos los consejos y aprendizajes que nos ha legado.

Paula María GARCÍA-VILLEGAS SÁNCHEZ-CORDERO*

* Secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México

“Justo Sierra entendía que en la universidad había que pensar para actuar, estudiar para servir, entender para explicar, saber para enseñar. Éstos son los principios y fines que nos mueven a los universitarios”.

Jorge CARPIZO
6 / XII / 1985

Poseído de un fervoroso amor y de una pasión inagotable por la *academia* y nuestra Universidad, el empeño de señorío intelectual del maestro Héctor Fix-Zamudio abarca la totalidad de su vida.

Profesor e investigador inalcanzable; su cátedra se prolongaba por los pasillos y no había alumno que se le acercara y no recibiera con sabia paciencia el consejo y la aclaración generosa del Maestro.

A la profundidad, rigor y originalidad de su vastísima obra jurídica hay que destacar en el maestro esa nobleza, verticalidad y onda sabiduría en todo el trayecto de su admirable vida; vida ejemplar en lo profesional, en lo personal y en lo familiar.

Se puede decir que al Maestro Fix-Zamudio he tenido el privilegio de conocerlo y tratarlo, desde el día que tuve la suerte de inscribirme a su cátedra sobre el Juicio de Amparo: clase impartida con lucidez, rigor, disciplina, pero sobre todo con excelencia.

Sin embargo, es posible que el mayor acercamiento lo haya tenido en las varias sesiones ginebrinas dentro de la “Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías”, en la cual el Maestro era miembro titular y yo, gracias a su empeñada mediación, miembro suplente de la misma.

En la Ciudad de Ginebra, siempre nos hospedamos en el hotel *Mon Repos*, un hotel sin grandes pretensiones pero cómodo y con la gran ventaja de encontrarse a escasos diez minutos del *Palais des Nations*.

Durante su estadía en la señalada Subcomisión, el Maestro estuvo inmerso en múltiples debates, deliberaciones y elaboración de informes respecto a los más variados temas de importancia mayúscula, como fueron:

a) La situación de los trabajadores migratorios y de sus familiares; *b)* prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y las niñas; *c)* protección de toda persona en contra de las desapariciones forzadas; *d)* restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados; *e)* derechos humanos y terrorismo; *f)* efectos adversos de las minas terrestres antipersonal; *g)* consecuencias negativas de las sanciones económicas para el disfrute de los derechos humanos; *h)* violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales.

En una de tantas ocasiones en Ginebra, recuerdo al Maestro Fix-Zamudio interviniendo en forma enfática para solicitar, junto con otros delegados, la realización de un estudio detallado sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y de servicios de saneamiento, tomando en cuenta el dato, por demás dramático, de que más de mil millones de personas en el mundo siguen sin tener acceso a agua potable y casi cuatro mil millones carecen de un saneamiento mínimamente adecuado.

En otra de las sesiones vespertinas de la Subcomisión, el Maestro, en unión con otros colegas suyos, logró que se adoptara una resolución nada fácil de elaborar por sus implicaciones políticas, en la que se reafirmaba la convicción de que el racismo y la discriminación racial socavaban los principios de la Carta de Naciones Unidas y las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, se condenaba enérgicamente que a raíz del fenómeno de la “mundialización” se hubiese generado una mayor concentración de la riqueza por una parte, y una terrible marginación y exclusión por la otra.

Por último, no puedo dejar de pasar por alto que en el verano de 1998 el presidente-relator del “Grupo sobre Administración de Justicia”, señor Louis Joinet, encomendaría expresamente al Maestro Fix-Zamudio, el estudio intitulado: “Perfeccionamiento y eficacia de los instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos a nivel nacional y sus efectos a nivel internacional”. Huelga decir que el estudio fue presenta-

do, recibido y discutido con gran entusiasmo e interés por parte de la Subcomisión.

Algunos fines de semana salíamos del hotel y nos íbamos bordeando el precioso Lago Léman, admirados de sus aguas, de sus maravillosos parques y de la serenidad que se respiraba en sus calles y en sus habitantes.

Nuestra caminata seguía siempre por *Quai Wilson*, dejando atrás el histórico hotel, en cuyas escalinatas fuere asesinada Elizabeth de Austria.

No fueron pocas las ocasiones en que sin darnos cuenta de lo mucho que habíamos andado, nos topábamos a mitad del puente *Mont Blanc* y las inquietantes aguas del Ródano.

Arribábamos por fin a un pequeño restaurante en donde lo primero que pedíamos era un buen tarro de cerveza alemana, disfrutando la charla, la vista majestuosa del *Jura* y del famoso *Jet d'eau*, orgullo y emblema de todo ginebrino.

Mi querido Maestro éstos y tantos otros recuerdos los traigo siempre en el corazón y en la memoria; los evoco con alegría pero le confieso también, que vienen a mí con una gran nostalgia.

Alonso GÓMEZ ROBLEDO*

* Comisionado del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México.

*Homenaje a Héctor Fix-Zamudio
En torno al concepto de amistad*

Según el *Diccionario de la lengua española*, de la RAE, *amistad* es “Afecto personal, puro y desinteresado, compartido por otra persona, que nace y se fortalece con el trato”. Pero más allá de una definición gramatical, debemos entrar al estudio profundo de lo que esta palabra significa. Quien ha dado al mundo un estudio amplio sobre este tema es el filósofo Aristóteles, en los capítulos VIII y IX de sus trabajos titulados *Ética Nicomaquea*. Dice el filósofo nacido en Estagira que “la amistad es una virtud o algo acompañado de virtud”.¹

A decir de Aristóteles, la amistad es algo sumamente necesario en la vida, ya que, si una persona posee riquezas, poder, etcétera, ¿de qué le servirán si no tiene amigos? Porque sin éstos, toda esa abundancia de bienes no se puede utilizar bien. Puesto que el hacer bien a los amigos es una virtud altísima.

La amistad puede llegar a parecerse al amor y a la benevolencia. Se distingue del amor en cuanto a que éste es una *afección* y la amistad es un *hábito*. Así, tenemos que el amor también se puede dirigir hacia cosas inanimadas, y la amistad, indefectiblemente, se remite a personas. Además, el amor igualmente implica excitación, deseo, sentimientos que son ajenos a la amistad. Y al contrario de la amistad, el amor es incitado por el gozo que otorga admirar la belleza.

¹ Lo cual justifica su inclusión en el plan de la *Ética*. Ahora bien, el término “amistad” tiene varios significados. Los que son amigos en el sentido más elevado son virtuosos, pero los que son amigos en el sentido limitado, como, por ejemplo, por causa del placer o de la utilidad, pueden ser, en parte, virtuosos, en parte, viciosos. Y, como la virtud es una disposición difícil de desplazar y algunas amistades basadas en la utilidad no son duraderas de ahí se sigue que algunas amistades no son virtudes. Nota del traductor de la *Ética* en la versión de Gredos, y *cfr.* García Márquez, Eduardo, *Doctrina aristotélica de la justicia*, UNAM, 1993, pp. 169-186.

La benevolencia se puede dirigir a personas desconocidas o incluso puede permanecer oculta, lo que no acaece con la amistad.

Una máxima aristotélica acerca de la amistad es que habrá que “comportarse con el amigo como consigo mismo”, ver en el amigo “otro sí mismo”.

La amistad, en ese sentido, es una emoción pura, sin cortapisas, sin llegar a confundir la amistad con la sumisión, pues tal vez el que sufra la situación de humillación considere amigo al que le está doblegando el espíritu, pero el que está sometiendo a una tiranía sentimental al otro, no considera al sometido como amigo, sólo como objeto de *utilidad*. Y, siguiendo con Aristóteles, un ser humano en su sano juicio, no se comportaría consigo mismo de forma tiránica o déspota. Y en la tiranía no puede haber amistad alguna, ya que entre el que manda y obedece no habrá cosa en común que los una, pues la amistad es más fuerte en cuanto haya más cosas en común entre los iguales.

La amistad es amplia, pues no está subordinada al goce de la belleza, como el amor. La amistad pierde las nociones del tiempo y se ubica en un plano atemporal (¿quién recuerda aniversarios de amistades, es decir, quién se acuerda cuándo se conoció a tal o cual persona?).

Símbolo de la amistad perdurable, generosa y dispuesta a todos los sacrificios para la mutua ayuda, fue la fraternal unión de dos personajes íntimamente ligados con los ciclos trágicos de la Hélade: Orestes y Pílates. Como ejemplo notable de desprendimiento humano, está el diálogo que se pone en boca de ambos jóvenes, en una de las tragedias de Eurípides: *Ifigenia en Tauride*. La hija de Agamenón, convertida por el destino en sacerdotisa de un dios cruel que exigía sacrificios humanos, tiene en su poder a los dos amigos, uno de los cuales es su propio hermano y debe, inexorablemente, sacrificar a uno para salvar al otro. Tanto Orestes como Pílates rechazan por su parte la salvación, deseando que el otro sea liberado de la muerte. Otros ejemplos de profunda amistad son: Teseo y Pirítoo, Aquiles y Patroclo, Fintias y Damón, Epaminondas y Pelópidas.

La amistad va más allá del deber y de la justicia, del derecho y de la conciencia humana, porque no se nutre de tales valores, sino que es fruto de la estimación. Tan es así, que, aun cuando en ocasiones se forma y fortalece por la afinidad de ideales y gustos, tendencias y actividades, con no poca frecuencia existe entre personas que difieren considerable-

mente en cuanto a criterios filosóficos, políticos, religiosos o estéticos; en cambio, coinciden en sus metas fundamentales.

Juega la amistad un papel muy importante, no sólo en las relaciones humanas, sino en las actividades docentes, políticas, sociales y económicas. Piénsese que los maestros, los estadistas, los políticos, los hombres de empresa o los industriales, prefieren personas de su amistad, para el mejor desarrollo de sus respectivas líneas de trabajo. Y es lógico que tal suceda, puesto que la base de la armonía y efectividad de todo equipo de trabajo es la confianza plena del ejecutivo hacia sus colaboradores. Esto adquiere especial vigencia en el caso de las actividades públicas.

De esa confianza depende de manera principal el éxito de su plan de trabajo, llevado ya a la vigencia de los hechos: es evidente que un rector o director de un instituto, lo mismo que un jefe o un secretario de Estado, o un alto funcionario distribuyen las tareas para su realización, seleccionando para las más delicadas y complejas a aquéllos en cuya lealtad y eficiencia confían plenamente, y ellos, como depositarios de esa confianza, deben responder invariablemente con la verdad en sus hechos y palabras.

La verdad es, sin duda, un valioso atributo del hombre digno, aun cuando manifestarla suela ser difícil en ocasiones. El hombre encumbra- do, el ciudadano que por merecimientos propios ha llegado a ocupar un cargo de gran responsabilidad, requiere, más que ningún otro, de la verdad y por ello se hace auxiliar por personas leales a quienes otorga su confianza. Si en el momento de las decisiones trascendentales, cuenta con informes veraces y datos ciertos, sus resoluciones serán acertadas y justas.

Es por ello que ser leal y veraz debe ser cualidad fundamental del amigo para el amigo, del maestro para el discípulo, del funcionario para sus superiores y de los superiores para los subordinados. Si un ciudadano, al asumir un cargo, se compromete a desempeñarlo con fidelidad, a cumplir con los lineamientos de la política general previamente planeada, este compromiso adquiere una dimensión humana e infinitamente más eficaz, cuando la relación no se concreta al programa de trabajo, sino que se funda en la estimación y respeto mutuos.

Por eso vuelvo a insistir en que es la verdad el único criterio para normar las relaciones entre amigos y más aún cuando la relación de amistad va unida a las de trabajo. Así, lo mismo las coincidencias que las discre-

pancias de opinión deben de expresarse con claridad y veracidad, ya que de otra manera se deforman los hechos en perjuicio de uno y otro.

Recuerdo ahora el caso de un funcionario público que, en cierta ocasión, recibió de un amigo una petición relacionada con un asunto de su competencia; dado el planteamiento de la cuestión, la resolución era factible y legal. Así lo hizo y avisó a su amigo sobre el particular. Este último, sintiendo a destiempo cierto cargo de conciencia, le expuso en otro momento la verdad íntegra del asunto. La consecuencia fue debilitar una amistad cordial de largos años y dejar en el funcionario la idea de que era necesario ser extremadamente cuidadoso en cuanto al grado de confianza que cada una de las personas que la rodeaban merecían.

Todas las anteriores reflexiones me llevan a afirmar que las relaciones humanas en todos sus niveles, son más fáciles, seguras y fructíferas, si se basan en estos tres valores, que están por encima de toda otra consideración: la amistad, la lealtad y la verdad.

He dicho lo anterior en un plano impersonal, en tanto que constituyen, para mí, principios inmutables que influyen en las relaciones humanas como elementos de armonía y colaboración. Pero debo hacer notar que en los más altos niveles de la vida social y académica, así como la actuación política, es donde mejor se advierten su saludable influencia y, también, los graves efectos de la falta de lealtad.

No deseo concluir estas notas sin rendir un sincero homenaje al señor doctor Héctor Fix-Zamudio que ha seguido una línea invariable de rectitud y probidad, que conoce y aprecia en toda su amplitud el valor de la amistad, porque la ha vivido y fomentado. El maestro Fix-Zamudio, en su larga y fructífera vida universitaria, ha sabido construir amistades permanentes. Ejemplo de ello es la que mantiene con Jorge Carpizo, Sergio García Ramírez, José Ovalle Favela, Diego Valadés y muchos otros eminentes juristas en México y el mundo.

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCA*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; ex presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.

En este merecido homenaje que en forma compartida realiza el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de la brillante y sólida labor del doctor Héctor Fix-Zamudio, el cual a lo largo de cincuenta años dedicados a la investigación y la docencia ha compartido sus enseñanzas y experiencias con infinidad de docentes, juristas, estudiosos del derecho y materias afines destacando siempre en él el aspecto humano, siempre dispuesto a ayudar a los demás y aun a pesar, en ocasiones, de sus problemas físicos o familiares.

Recuerdo con singular afecto la diferencia que realizó para dedicar parte de su valioso tiempo a la elaboración de un comentario particular respecto a la obra *Amparo* y a su autor don Mariano Azuela Rivera, al cual, como menciona en su colaboración, lo unió una profunda y sincera amistad, situación de la que no gozaba el coordinador de la citada obra y por ende tuvo que requerir de un arduo trabajo para conseguir primero la cita con tan distinguido e ilustre investigador, no sin antes pasar por su secretaria particular, misma que en la primera solicitud y al haberle expresado la intención por la que deseábamos entrevistarnos con el doctor Héctor Fix-Zamudio, realizó el comentario que el querido doctor estaba un poco enfermo; por ello consideraba casi imposible la pretensión expresada ya que el doctor Fix-Zamudio tenía requerimientos de esa índole al por mayor y los tenía programados hasta el 2010, que sugería se eligiera a otro personaje si queríamos que nuestra obra no quedara en un simple proyecto; sin embargo, se hizo la cita para un mes posterior y al llegar a la cita y se esperaba un resultado adverso a nuestra petición.

El propio doctor Héctor Fix-Zamudio nos mencionó que ya tenía la colaboración solicitada y que se fijara día y fecha para la presentación de la obra, misma que se realizó el día 10 de julio de 2006 y en donde tuve la fortuna de compartir con tan ilustre investigador el *presidium* correspondiendo en ese evento fungir como moderador al entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ministro Mariano Azuela Güitrón, mismo que al hacer la presentación del doctor Héctor Fix-Zamudio señaló basta decir “Esta con nosotros Héctor Fix-Zamu-

dio”, demostrando con estas palabras la grandeza del personaje que se encontraba en este evento. El auditorio completo se puso de pie y con una prolongada ovación rindió un tributo merecido a un hombre que con su gran obra ha dejado huella indeleble en quienes hemos tenido la fortuna de compartir sus enseñanzas.

Carlos GONZÁLEZ BLANCO*

* Doctor en derecho, en la especialidad de derecho constitucional y administrativo, por la UNAM, México.

Con mucha emoción y afecto escribo esta carta para honrar a mi maestro y amigo el doctor Héctor Fix-Zamudio. No me resulta fácil redactar en unas cuantas líneas algo que se asemeje siquiera a la vasta trayectoria académica y profesional de mi apreciado maestro, pero más difícil resulta para mí encontrar las palabras adecuadas para expresar lo que siento acerca de su persona.

¿Qué podría decirle quien realizó su doctorado precisamente en derechos humanos a quien ha sido presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, ¿cómo manifestar la gratitud ha quien dirigió su tesis doctoral?, ¿en qué términos se debe dirigir un investigador novel como el suscrito, al Investigador Emérito de uno de los centros de investigación más prestigiados del mundo como lo es el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM?, ¿cómo hacerle justicia a quien hoy por hoy es el más prestigiado jurista nacional, reconocido internacionalmente y a quien, como en mi caso, ha sido fuente de inspiración y faro que orienta nuestro camino en el campo de la investigación?

Los reconocimientos de los que ha sido objeto el doctor Fix-Zamudio no han sido gratuitos, la obtención del Nivel III dentro del Sistema Nacional de Investigadores, la publicación de más de 20 libros, 7 monografías, 4 traducciones y cerca de 200 artículos y ensayos en revistas nacionales y extranjeras, le han valido para que le hayan otorgado 8 doctorados *honoris causa* y el Premio Internacional de Justicia en el Mundo.

Personalmente me ha tocado el privilegio de acompañarlo a recibir dos doctorados *honoris causa*, el primero que le brindó la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y el segundo la Universidad Complutense de Madrid, este último evento en el que se hizo acompañar de su compañera inseparable durante toda su vida profesional, su apreciada esposa la Señora Doña María Cristina (q.e.d.), así como del distinguido doctor Jorge Carpizo MacGregor también miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en ambos eventos tuve la ocasión de constatar el respeto, cariño y admiración que el foro jurídico siente

por el maestro, como yo le llamo, no solo por ser un virtuoso del derecho, sino por esa sencillez y humildad que le caracteriza, con esa benevolencia y generosidad que solo puede tener un ser humano comprometido con los demás, con los más preciados valores y que ha logrado una evolución plena en lo profesional y como persona.

Virtuoso del derecho, sí, no sólo por su compromiso con la defensa jurídica de los derechos humanos, sino también por sus bastos conocimientos y dominio del derecho constitucional, derecho procesal, derecho comparado, derecho internacional, desarrollo de la judicatura y metodología jurídica, que le han servido para ser miembro fundador de una nueva escuela jurídica en México y que ahora forma parte de la tendencia internacional como lo es el derecho procesal constitucional.

El esfuerzo intelectual que ha realizado el doctor Fix-Zamudio aunado a su entrega y vocación de servicio durante seis décadas continuas de trabajo, han dado fructíferos resultados para la comunidad nacional e internacional, en particular para el desarrollo de la ciencia del derecho, así como para la academia, el mismo foro jurídico se ha enriquecido con la claridad de sus ideas y precisión de sus conceptos, lo cual se ha visto reflejado en la calidad de sus discípulos. Es por todo ello que no puede uno menos que manifestar su admiración, gratitud, respeto, reconocimiento y afecto para tan apreciable maestro.

Héctor GONZÁLEZ CHÉVEZ*

* Profesor-investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.

Maestro Fix-Zamudio, ejemplo de profesionalismo académico

La palabra *maestro* adquiere un significado más allá de la cortesía cuando se relaciona con la persona que no sólo enseña sino también es un modelo de sencillez, respeto y profesionalismo. Este prototipo lo encarna el maestro Héctor Fix-Zamudio.

Cuando ingresé al Instituto de Investigaciones Jurídicas en 1981 como becario fui su alumno en la materia de “garantías y amparo”. Puntualidad, claridad expositiva y rigor argumentativo, caracterizaron sus sesiones. Héctor Dávalos Martínez, Sergio López-Ayllón y Diana Castañeda Ponce, compartimos como becarios y estudiantes esta etapa de formación. Para todos fue un privilegio y una responsabilidad: ilustración humanística de primera y acreditar con decoro la materia.

Ese año Héctor Fix-Fierro, hijo del maestro, acudía a la biblioteca del Instituto a clasificar las obras en alemán. Fuimos vecinos porque hice el servicio social en la Biblioteca y vivíamos por el mismo rumbo. Ya como técnicos académicos la amistad se reforzó porque compartíamos el mismo cubículo con otros dos colegas, al mismo tiempo nos organizábamos para ir a correr a Viveros de Coyoacán, participar con los colegas en las eventuales jornadas de dominó o escaparnos, con la complicidad de la entonces coordinadora de la Biblioteca, la maestra Martha Morineau, al cine del Centro Universitario Cultural (CUC) algún viernes por la tarde. En este tiempo tuve la oportunidad de tratar al maestro en su casa y conocer a su gentil esposa Cristina y a sus hijos Cristina, Carlos e Imelda. Para mí la relación entre la figura de maestro y de padre de familia, con mis ojos de provinciano, que lo sigo siendo, me pareció inusitada, porque la sencillez, el buen trato, el sentido del humor, que nos dispensaba como colegas de trabajo era igual que para con su familia.

Cuando le solicité una carta de recomendación como parte de los requisitos para tramitar una beca al extranjero, me dijo: “Si obtiene la beca, no regrese sin el título”. Cuando volví a México con mi grado de doctor entendí: mi reincorporación al Instituto, ya como investigador, fue inmediata.

Como investigador me he desempeñado estudiando, principalmente, dos líneas de investigación: los derechos indígenas (por mi tema de tesis de doctorado) y la metodología de la investigación jurídica (por elección docente). Cuando regresé con mi doctorado en 1993 el tema de los derechos indígenas era un tema relativamente nuevo, sin embargo, el movimiento indígena de Chiapas en 1994 lo puso en la agenda nacional. Por ello, mis trabajos estuvieron centrados en tratar de explicar los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional. En esta perspectiva, el maestro me aconsejó: “No se encasille”. Sin dejar totalmente el tema indígena, mis clases de metodología de la investigación me abrieron un campo también apasionante. Los cursos me permitieron ir constatando mis errores y aciertos para una mejor enseñanza de las maneras de realizar una investigación clara, abierta y rigurosa. En este sentido, la obra del maestro Fix-Zamudio es un ejemplo: su pensamiento fluye integrando diversas voces construyendo párrafos con un estilo transparente, compactados con rigor y lógicamente relacionados. Las exposiciones orales de sus trabajos son otra fuente de enseñanza: serenidad, ubicuidad, profundidad, amenidad y sugerentes.

El tiempo transcurre y el maestro sigue siendo un ejemplo de fortaleza física e intelectual. Sigue cosechando frutos y el más reciente, que duda cabe, es ver a su hijo como su *jefe* de trabajo. Tener como director del Instituto (al que le ha dedicado su vida profesional) a su hijo, es un motivo de justificado orgullo. Los que formamos parte de su familia académica, por nuestra parte, estamos agradecidos, maestro, de haber crecido con su ejemplo.

Una tarde de abril de 2007 salía el maestro Fix-Zamudio del Instituto acompañado de Eva, su secretaria, le comenté que estaba tramitando mi año sabático para realizar una investigación en la Universidad de París sobre las técnicas de investigación de campo y de historias de vida aplicadas al derecho. Me dijo que así colaboraría con los colegas del Departamento de Investigación Empírica del Instituto. Eva me preguntó que cuándo me iría. Contesté que el mes siguiente. “Pues ya”, expresó. Entonces el maestro levantó su mano diciéndome con una sonrisa: *Au revoir*.

Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Doctor Héctor Fix-Zamudio
Presente

Estimado y fino don Héctor:

La circunstancia —que de verdad mucho lamento— de no haber tenido el privilegio de la cercanía con usted —que me hubiera permitido tratarlo en forma directa y personal— para honrarme con su amistad y enriquecerme con su sabiduría, de ninguna manera la considero un impedimento para expresarle en éstas líneas el afecto que le profeso, la admiración que usted suscita en mí y la gratitud que le debo por el bien que me ha prodigado.

Desde mis lejanos tiempos de estudiante de nuestra Facultad de Derecho de la UNAM, ya su figura —don Héctor— me era conocida. Lo identificaba como un prestigiado y joven profesor, de creciente fama en el ejercicio de la cátedra universitaria y en la investigación jurídica, que pronto trascendería las fronteras nacionales y se le justipreciaría como el eminente jurista mexicano al que se le distinguiría en diversas latitudes del mundo, de manera especial en Latinoamérica y en la Península Ibérica. Desde entonces tuve la fortuna de leer un trabajo de usted sobre los problemas de la metodología y de la enseñanza del derecho, que me abrió un horizonte insospechado y que me ha sido de una ingente utilidad en mi modesta actividad académica; su lectura fue el inicio, también, de mi creciente admiración por usted: su vida y su obra.

Quiero relatarle ahora, don Héctor, una experiencia personal en la que usted fue protagonista —que seguramente usted ni siquiera haya registrado por su natural forma de ser— pero que para mí constituyó una vivencia sumamente rica y estimulante, que me reveló su excepcional condición humana, exornada por su benevolencia y su sencillez cordial.

En junio de 1992, el doctor Jorge Carpizo —en ese entonces presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos— me hizo la honrosa invitación para participar en el Simposio “Los abogados mexicanos y el

ombudsman”, que se celebraría en la Ciudad de Monterrey, los días 20 y 21 de dicho mes y año. Al llegar al aeropuerto de Monterrey me percaté de que usted venía en el mismo vuelo y tuve la suerte de que fuera usted mi compañero, en el último asiento, de una camioneta que esperaba a varios de los participantes en el Simposio para trasladarnos al hotel donde se nos hospedaría. Durante el trayecto usted inició una conversación conmigo, con tanta afabilidad y confianza —como si nuestra relación fuera estrecha y de tiempo atrás— que hizo acrecentar mi simpatía y mi sentimiento de amistad hacia usted.

Lo anterior, sin embargo, no fue atenuante para que al día siguiente, ya en el lugar donde se realizaban los trabajos del Simposio, al corresponderme el turno para presentar mi ponencia, lo divisé a usted en primera fila del auditorio, lo cual —le confieso— me causó una cierta intimidación, y mayor aun cuando ocasionalmente despegaba los ojos del papel y furtivamente lo observaba a usted atento al desarrollo de mi exposición.

Al concluir la sesión, usted tuvo el generoso y delicado gesto de acudir a felicitarme —que me provocó una intensa emoción— aun con plena conciencia de mi parte, de que el mérito no estaba en mi modesto trabajo, sino en su magnánimo espíritu de apoyo, apertura y aliento al esfuerzo de investigación realizado, independientemente —como en mi caso— de su discutible valor.

Ésta ha sido sólo una de las expresiones de su proverbial gentileza que usted me ha dispensado, y que se han reiterado cuando esporádicamente he tenido la fortuna de coincidir con usted en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM o en la Universidad Iberoamericana.

Mi renovado agradecimiento por todo ello, querido maestro Héctor Fix-Zamudio, y por su insigne magisterio y por su excepcional obra jurídica y, sobre todo, por la lección perenne de su vida ejemplar.

Raúl GONZÁLEZ SCHMAL*

* Académico de la Universidad Iberoamericana.

París, 24 de julio de 2006

*Señor Profesor Doctor Héctor Fix-Zamudio
México*

Querido Maestro y amigo:

He querido acompañar con esta carta mi artículo sobre: “Las medidas cautelares en los Tribunales Internacionales. El caso de la Corte Internacional de Justicia y el derecho al medio ambiente”, escrito para el merecido homenaje que se te brinda, porque deseo expresar en un texto epistolar, la amistad y la admiración que siento por ti y por tus valores humanos y académicos, que son expresión de una personalidad y de una vida ejemplares.

Es muy antigua nuestra relación de amistad. Nació alrededor de 1972. Si bien conocía de antes tus trabajos en materia constitucional y procesal, fue como consecuencia de mi llegada a México, luego de ser elegido secretario general del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina (OPANAL), creado por el Tratado Tlatelolco, y cuya sede está en México, que tuvimos ocasión de conocernos personalmente y de comenzar a trabajar juntos.

Recuerdo que en ocasión del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se celebraría en México, me visitaste con Manuel García Pelayo para ofrecerme ser relator del tema relativo a: “El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina”, lo que acepté con satisfacción y orgullo.

Recuerdo también que poco después, siendo director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, tuviste la gentileza de proponerme que escribiera un libro sobre: “La OIT y los Derechos del Hombre en América Latina“. Lo escribí y ese trabajo mío se publicó por el Instituto bajo tu dirección, iniciando así una colaboración mía con esa tan prestigiosa institución que continúa hasta hoy.

En estos años de vida mexicana hubo queridos amigos comunes, que quisiera poder enumerar en su totalidad, pero siendo ello imposible, deseo ejemplarizar esa situación con el nombre dos ilustres procesalistas uruguayos, que trabajaron contigo en varios proyectos en el Instituto, ya fallecidos: Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart.

Mi partida de México al finalizar mi trabajo internacional en OPANAL, no interrumpió nuestro trabajo en común, en especial como consecuencia de las actividades del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la continuidad de mi vinculación con el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM y con amigos tan queridos como, por ejemplo, Jorge Carpizo y Diego Valadés.

Luego vinieron los años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los años de San José, años en los que ambos fuimos en la Corte, en periodos sucesivos, presidentes de ese órgano jurisdiccional de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano, de acuerdo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

En esos años fundamentales para el funcionamiento del sistema regional americano de protección de los derechos humanos, periodo en el que se dictaron las primeras sentencias en casos contenciosos, creció mi admiración por ti. A tu sentido de la justicia, tu ponderación, tu absoluta independencia de juicio, tu equilibrio, tu sabiduría procesal, tu gentileza y tu suave forma de encarar el trabajo, firme pero siempre cordial, deben mucho los logros de la Corte y el prestigio de que goza.

Sin desconocer ni dejar de valorar la importancia de tu acción en otros ámbitos, quiero destacar especialmente tu labor en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ayudó de una manera determinante a desarrollar el funcionamiento del Sistema y a mostrar las perspectivas y posibilidades de futuro.

No es ésta la primera vez que he escrito para libros en tu homenaje.

Lo he hecho en dos ocasiones. En 1988, en los: *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*", publicados por la UNAM en México, con un artículo sobre "Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno" y en 1998, en los *Estudios* editados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tu honor, con otro artículo titulado: "Responsabilidad del Estado y responsabilidad penal internacional en la protección internacional de los derechos humanos".

Y tú, a tu vez, me has hecho el honor de escribir para el *Liber Amicorum* que, en 1997, me ofrecieron mis amigos, un excelente trabajo sobre “Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias”. Este trabajo se inicia con un párrafo que no puedo dejar de transcribir, porque es una demostración de amistad tuya hacia mi, que mucho me honra.

Dice así:

Como una modesta colaboración al muy merecido libro homenaje al notable internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell, quien entre sus numerosos cargos internacionales, desempeñó brillantemente los de juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hemos elegido este tema en virtud de que el homenajeado ha hecho aportaciones esenciales al mismo.

Dos libros míos se han enriquecido con prólogos tuyos: la segunda edición de mi obra: *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*, publicada por Eudeba en Buenos Aires, en 1986 y el volumen *Derechos humanos y vida internacional*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México en 1995.

Nuestras vidas nos han deparado, a ti y a mi, querido tocayo, alegrías y tristezas, triunfos, éxitos y frustraciones, pero creo que siempre dentro de la rectitud y la dignidad.

Del balance que yo hago resulta siempre la eminente positividad de la amistad, que es un tesoro a conservar permanentemente.

Tu amistad es para mi parte de ese tesoro, y forma parte e integra el sector más rico de un patrimonio irrenunciable y siempre presente.

Como expresión esa amistad, recibe un afectuoso abrazo.

Héctor GROS ESPIELL*

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

Con sumo gusto acepto la invitación, tan honrosa para mí, por parte de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de colaborar en el Homenaje a Héctor Fix-Zamudio con una contribución propia.

Conozco personalmente al maestro del derecho constitucional mexicano (a partir de tres invitaciones, a agradecer a Diego Valadés, a la UNAM, en 2001, 2003 y 2005). Sin embargo, yo ya conocía de antes su producción precursora en el ámbito del derecho procesal constitucional. Como juez del tribunal constitucional interamericano (*inneramerikanischen Verfassungsgericht*) en Costa Rica, pudo poner en práctica lo que antes había diseñado teóricamente. Su producción en materia de *ombudsman* es conocida también hasta en Europa.

El diálogo entre cada una de las comunidades nacionales de científicos, más allá de los continentes, no fue quizás nunca tan intensivo como hoy justamente, pero tampoco nunca tan necesario. El trabajo en el tipo “Estado constitucional” sólo puede tener éxito en común, en perspectiva mundial, y el derecho internacional, como el derecho universal de la humanidad basado en la dignidad de la persona, plantea aquí tareas especiales. Si 1989 fue el *annus mirabilis*, hoy estamos ante los retos del terrorismo internacional (sobre todo, desde el 11 de septiembre de 2001 como *dies horribilis*). Si las posibilidades de las comunidades nacionales e internacionales de científicos frente a la política son todavía tan limitadas, hay que acometerlas de manera resuelta: “en mancomún”.

Los homenajes en los que participan muchos autores de muchos países y continentes crean un foro de tipo propio. Si están dedicados a un académico tan destacado como H. Fix-Zamudio, se abren especiales posibilidades de diálogo. Gracias a la buena estructuración de esta obra por los editores, puede lograrse algo extraordinario. Cada autor debe dar lo mejor de sí mismo. Cada autor se confronta, al respecto, permanentemente con la imponente obra completa del homenajeado H. Fix-Zamudio como una “cordillera” (la comparación con los Andes o, en perspectiva europea, con los Alpes, no es demasiado osada). Porque el homenajeado ha

dominado y enriquecido casi todos los géneros literarios y ello de un modo que también irradia hacia Europa, especialmente hacia España (*cf.* Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 2005) y Portugal.

Así, se encuentra el clásico género literario de la monografía (por ejemplo, *La protección jurídico-procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, 1982), el artículo de manual (“Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación K. Adenauer, 1995), por mencionar simplemente dos obras conocidas por el autor de estas líneas. Contamos con el gran libro recopilatorio *Ensayos sobre el derecho de amparo* (3a. ed., 2003), que posee una “plusvalía científica”, es decir, es más que la suma de contribuciones individuales, y contamos con la gran “Suma”, escrita en común con S. Valencia Carmona, de su obra ya clásica: *Derecho constitucional mexicano y comparado* (2a. ed., 2001), muestra del gran arte de la comparación constitucional.

Los numerosos artículos y temas en las más diferentes revistas de casi todos los años no pueden aquí, lamentablemente, ser valorados. Sin embargo, mécióne-se que la pluralidad de temas, el acceso metódico seguro y la fuerza creativa impresionan también a los observadores lejanos en la pequeña Europa. Sólo con admiración se puede contemplar la obra completa del homenajeado, quien también ha proporcionado al Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional impulsos duraderos como miembro fundador. El homenajeado ha colaborado también en homenajes (por ejemplo, en honor de G. J. Bidart Campos, 2002, pp. 493 y ss.).

Si se mira como europeo al mundo constitucional latinoamericano, uno se alegra de la riqueza de las discusiones científicas, del intercambio amistoso que se cultiva entre los académicos individualmente, del “desarrollo del derecho constitucional común-europeo” y del alto nivel de la literatura, así como de la especial calidad de las sentencias de los tribunales constitucionales. Como una voz guía bastante más allá de su generación es como hay que oír la del homenajeado hasta en Europa. Representa a los grandes académicos y jueces constitucionales y pertenece a aquellos científicos que han transferido teóricamente al derecho constitucional intraestatal la idea del artículo 38,1, letra d, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“iusinternacionalistas más capaces de las di-

ferentes naciones”). Su obra pertenece, conforme al espíritu de esta norma susceptible de analogía, al círculo de los “constitucionalistas más capaces” en materia de Estado constitucional (como en Europa un H. Heller, un H. Kelsen o en Latinoamérica un P. Bonavides).

El autor de esta hoja de dedicatoria se ha decidido por un tema que ha sido enriquecido por el homenajeado de diversos modos, tanto en la teoría como en la práctica, y bastante más allá de su propio país. Conste aquí el agradecimiento a los editores de este *Homenaje* por la honra de serle permitido participar escribiendo en esta obra colectiva y así trabar, de nuevo, diálogo con Latinoamérica.

Peter HÄBERLE*

* Catedrático emérito de derecho público, D. eclesiástico y filosofía del derecho de la Universidad de Bayreuth, Alemania.

Cordoba, 31 de mayo de 2007

*Al Ilustrísimo Maestro Doctor Héctor Fix-Zamudio
Universidad Nacional Autónoma de México,
México*

Querido Maestro y entrañable amigo:

Me he sentido profundamente honrado por la invitación que me han formulado los distinguidos colegas y amigos, doctores Ferrer Mac-Gregor y Zaldívar Lelo de Larrea, presidente y vicepresidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, para participar con un estudio en la obra colectiva que en tu honor y con motivo de tus cincuenta años de investigación jurídica, se publicará oportunamente.

Junto a un trabajo de la materia, no puedo dejar de escribirte estas líneas, pues es una muy buena ocasión para expresarte algunos recuerdos y mis más caros sentimientos relativos al Hombre, Jurista y al Maestro, que tan cabalmente lo has sido, conjugando armoniosa y gozosamente en tu personalidad, esas tres ricas dimensiones.

Recuerdo cuando te conocí en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional en México, en 1975, allá el Palacio de los Congresos, junto con otros amigos argentinos que no dudo recordarás: Germán Bidart Campos (+), Pedro J. Frías, Mario Justo López (+), Jorge Vannosi, Alberto A. Natale, Guillermo Becerra Ferrer (+), Humberto Quiroga Lavié, Carlos D. Ulla y Carlos M. Vargas Gómez.

Magnífico y fecundo primigenio encuentro de los constitucionalistas latinoamericanos, en el que ya constituiríamos el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y que debemos al esfuerzo y generosidad de nuestros hospitalarios amigos mexicanos del Instituto de Investigacio-

nes Jurídicas de la UNAM. El Congreso y el Instituto que fundamos han sido, a través de décadas, una semilla que germinó al calor de nuestra pasión por el constitucionalismo y que desde entonces, como árbol frondoso, nos cobija con la misma pasión y con una amistad tan honda que nos permite habernos enriquecido en una fraterna comunidad.

No dudo que tú fuiste la columna vertebral de todo este titánico emprendimiento, junto a tus entonces jóvenes discípulos como Diego Valdés y Jorge Carpizo, entre tantos otros, emprendimiento al que supiste transmitir las bondades de tu vigorosa y tan plena personalidad como Hombre, Jurista y Maestro.

Como *Hombre*, con una humanidad que es permanente expresión de tu bonhomía, de tu cordialidad, tan sencillamente comunicativa, humanidad que alienta el diálogo y abre los corazones a la virtud y las mentes al saber. Te recuerdo siempre con Cristina a tu lado, compañera amorosamente delicada y dedicada a cuidarte, estimularte, acompañarte, con sus prudentes silencios pero siempre con su vivacidad que todo lo transformaba en logro y en gozo.

Como *Jurista*, con esa ciclópea formación jurídica, que fue creciendo en tus largas horas de estudios, de reflexiones y de obras jurídicas. Todos los campos de las ciencias jurídicas convergen en tu mente, pero, fueron el derecho constitucional, el derecho procesal general y el derecho procesal constitucional, las ramas por las que has tenido siempre una especial predilección y a las que tanto enriqueciste con tu ciencia, como conocimiento del ser.

Como *Maestro*, manifestando siempre esa profunda sabiduría, como experiencia del ser, con sencillez y claridad no por ello exento de profundidad; sin la aparatosidad y ostentación propia de los soberbios minúsculos; con el gozo de quien se siente *feliz* porque puede *servir*.

Qué bien te perfilan, como síntesis de tu vida académica y de tu maestría, aquellas hermosas palabras que Séneca dirige a su discípulo Lucilio cuando le dice: “Yo quiero derramar en tu alma todo lo que yo sé, y me alegro de aprender una cosa, para tener el placer de enseñártela”.

Tu vida ha sido, para todos los que hemos tenido la dicha de ser tus amigos y discípulos, un testimonio enriquecedor con tu Hombría, con tu Ciencia y con tu Sabiduría, que siempre brindaste con una notable cordialidad, paz y alegría.

¡¡Con un fuerte y afectuoso abrazo querido Héctor!!

Ricardo HARO*

* Profesor emérito en la Universidad Nacional de Córdoba; presidente honorario, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Argentina.

Panamá, 30 de mayo de 2007

Doctor Héctor Fix-Zamudio

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México
México, D. F.

Re: A un gran jurista que ha sabido cómo usar la vida

Apreciado Maestro:

Conmemora usted cincuenta años de investigación jurídica con unos aportes verdaderamente extraordinarios a la ciencia jurídica.

Había yo leído varios de sus trabajos, pero quien primero llamó mi atención sobre usted y el doctor Jorge Carpizo por allá en la década de los setenta del siglo pasado, fue mi amigo y maestro Mario de la Cueva. Compartí con él un gran interés en el derecho del trabajo y en el derecho constitucional.

Posteriormente, tuve la oportunidad de tratarlo personalmente y pude confirmar todo lo que de usted me había dicho Don Mario: su talento, su extraordinaria vocación por el derecho y su afabilidad de trato.

En su ensayo “Sobre la brevedad de la vida”, sostiene Séneca que la vida es larga si sabes cómo usarla. Dice el autor que la vida será corta si se desperdicia en la insensata búsqueda de placeres, en el ocio improductivo, en vicios, en la preocupación obsesiva por el dinero, “en consumirse por la ambición política, la cual nos coloca siempre a merced del juicio de otros”, en agotarse por la “auto impuesta servitud a los grandes que es siempre ingrata”. No nos es dada una vida corta, dice Séneca, “nos la hacemos corta”.

La vida será, entonces, larga si la dotamos de sentido, si la dedicamos a algo que trascienda nuestros propósitos como individuos.

Es en esto Maestro que ha sabido usted cómo usar la vida. Con un espíritu altruista ha perseguido usted objetivos trascendentes: la verdad, la continuación de su tradición familiar, la búsqueda de conocimientos para luego compartirlos, contribuir al derecho en varios continentes. Su trayectoria merece mi aplauso entusiasta. Quisiera que pudiéramos contar con su talento por otros cincuenta años pero si ello no fuere posible, ha sabido usted Maestro usar la vida, nos ha dado un ejemplo digno de emulación y quedará usted siempre en el recuerdo de quienes lo admiramos como persona y como jurista.

Cordialmente,

Arturo HOYOS*

* Presidente del Capítulo Panameño del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Panamá.

Mi Querido Héctor

Cuando recibí la invitación para contribuir a esta obra homenaje, mi primera reacción fue decir que pensaba improbable que pudiera hacer una contribución sensible. El derecho constitucional no ha sido uno de los temas sobre los cuales me haya especializado durante mi vida, además de que el Reino Unido es un país que no tiene formalmente una Constitución escrita y en la que se piensa generalmente que el control de leyes sobrepasa la competencia de los tribunales. De hecho, mi respuesta inicial al doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor fue en ese sentido. Sin embargo, con el paso del tiempo sentí cada vez más fuerte la necesidad de que no podía dejar pasar la oportunidad de contribuir al ofrecimiento de reconocer la carrera de uno de mis amigos más distinguidos. Espero que la colaboración que he escrito sea de cierto interés o al menos despierte curiosidad.

Como recordarás Héctor, nos vimos por primera vez en el aeropuerto de la Ciudad de México en 1968, cuando en compañía de Jorge Carpizo fueron tan amables de recibirme. Fue mi primera visita a tu Facultad e Instituto (pero no mi primer viaje a tu país), donde tenía que impartir un breve curso (en inglés) sobre el derecho inglés. Esto fue el principio de una larga y feliz fraternidad con lo que era entonces el Instituto de Derecho Comparado y por tanto con la UNAM, importante Universidad, de la cual estoy orgulloso por haber sido admitido como doctor (h.c). Me atrevería a decir, Héctor, que tuviste algo que ver con esto. Afortunadamente, tuve la oportunidad de regresar en varias ocasiones a través de los años, siempre con el placer de saludarte a ti y a María Cristina, cuya trágica y temprana partida tanto nos entristeció.

Desde luego nos encontramos también fuera de México en varios congresos internacionales. Recuerdo que en una ocasión tuve que presentar, en tu ausencia, la ponencia mexicana sobre un tema particular, debido a que estabas presidiendo una diferente sesión. Por supuesto que me apoyé completamente en tu ponencia, que era excelente, pero aun así me estre-

mezco al pensar en los errores que debí haber cometido. Por suerte, hasta donde tengo conocimiento, no existe registro alguno. También nos encontramos al menos una vez en Londres, cuando viajaste con Jorge para ver la exposición de Turner en la *Tate Gallery*.

En esta espléndida ocasión de presentación a este volumen, deseo expresarte, mi querido Héctor, todo género de felicidad y mis más sincera y sentida felicitación por tu exitosa y notable trayectoria jurídica. Es un privilegio y honor ser capaz de llamarte, no Profesor, ni Maestro, ni Juez, títulos todos que desde luego has ganado, sino Amigo.

Fraternalmente,

Tony JOLOWICZ*

* Profesor emérito de Derecho comparado en la Universidad de Cambridge; *Fellow of Trinity College*, Inglaterra.

Traducción del inglés por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

Homenaje al Maestro Hector Fix-Zamudio

Es difícil expresar los sentimientos para el querido, respetado y admirado maestro Fix-Zamudio por su valía como persona, por su extraordinaria personalidad, pero es evidente la distinción que significa participar en un libro preparado en su homenaje, no obstante lo modesto del trabajo en el que intento resaltar uno de los temas en que él ha tenido una importantísima influencia para el desarrollo de su normatividad; me refiero a los derechos humanos, asunto que vinculo con mi línea de investigación en derecho del trabajo y en derecho de seguridad social, vinculación que todavía requiere fortalecerse en los instrumentos legales nacionales.

En estos temas, la sapiencia y la sensibilidad del maestro han marcado huellas de enorme trascendencia como ha ocurrido en el ámbito jurídico, de manera que haberlo conocido y haber tenido la distinción de su consideración como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y ahora como investigador emérito es un gran orgullo y constituye un auténtico privilegio.

A las virtudes intelectuales del maestro se suman otras como son la disciplina, la fortaleza y la humildad, valores que constituyen un ejemplo para quienes lo hemos conocido y hemos tenido el privilegio de trabajar cerca de él, aprendiendo en cada ocasión distintas lecciones que rebasan el ámbito jurídico.

Son muchos los agradecimientos que tenemos para el maestro Fix-Zamudio, pero quisiera destacar la formación de una gran familia al amparo del Instituto de Investigaciones Jurídicas que día con día se fortalece como se ha fortalecido a la comunidad jurídica nacional y con ello a nuestro querido México.

No puedo concluir esta carta sin expresar mi sentimiento de pésame por la ausencia de Doña Cristina, su esposa y compañera a quien se reconoce su gran misión en las valiosas y múltiples tareas del maestro Héctor Fix-Zamudio.

Gracias maestro Fix-Zamudio por sus valiosas enseñanzas

Patricia KURCZYN VILLALOBOS*

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

México, Distrito Federal, a 9 de julio de 2007

*Doctor Héctor Fix-Zamudio investigador emérito del
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

Presente

Transitar como estudiante por la Facultad de Derecho de la UNAM es privilegio de vida, porque sus aulas permiten el acercamiento con aquellas personas para las que el derecho representa no sólo una fuente de saber y de pensamiento creativo, sino una búsqueda irrestricta de la justicia en todo y para todos.

En este inigualable y estimulante ambiente, el estudiante primero y el profesionista después, llega a conocer y admirar a quienes, junto con la institución, representan e integran la institución en sí misma, por ser ellos elogioso paralelismo de ésta, parte consustancial de ella, modelo y ejemplo a seguir para todas las generaciones.

Distinguido por su profesionalismo, análisis riguroso, investigación metódica, amplios conocimientos jurídicos y universales, extraordinaria capacidad pedagógica e insuperable calidad humana, se ha convertido Usted, estimado doctor Fix-Zamudio, en un paradigma dentro de ésta nuestra querida Facultad de Derecho, el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la propia Universidad Nacional Autónoma de México, por ser ejemplo de lo que la entrega y dedicación al trabajo, una sed insaciable de conocimientos y un espíritu inagotable por compartirlos, pueden lograr en la vida de un ser humano y en todos aquellos en los que ha sembrado semilla fértil, que al germinar ha multiplicado los frutos de su propio esfuerzo.

Su paso de diecinueve años por el Poder Judicial de la Federación, donde su tenacidad y destacado desempeño lo llevaron a ascender, desde modesto auxiliar de la Segunda Sala hasta secretario de Estudio y Cuenta del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se recuerda con

cariño y orgullo y se muestra, claramente, en sus ilustrados análisis y aportaciones en torno a la tarea jurisdiccional.

La trascendente decisión de incorporarse, de tiempo completo, como académico e investigador desde 1964, integran la otra faceta de su positivo camino y refuerzan y amplían su valiosa contribución en el terreno de la ciencia jurídica.

Una breve revisión de su destacada trayectoria muestra así, un avance continuo, una creación permanente, una aportación superior como estudiante, académico, estudioso e investigador de la ciencia jurídica y escritor de elaboradas obras y profundos y novedosos enfoques en este medio. Conferencista de disertaciones ágiles y especializadas, maestro de exposiciones claras y brillantes; son logros testimoniados a través de múltiples homenajes, que arrancan desde su época de estudiante con la mención *magna cum laude* por su título de grado, al otorgamiento de la Medalla Belisario Domínguez por el Senado de la República, mérito sólo conferido a quienes, como Usted, honran la imagen de aquél que con sus servicios aportó su vida en bien de la patria.

Los merecidos premios y doctorados *honoris causa* otorgados por la Academia de Investigación Científica, la Universidad Mayor de San Carlos en Lima, Perú; la Universidad de Sevilla, en España; la Universidad de Externado de Colombia; la UNESCO; la Universidad Complutense de Madrid; y, por su casa de toda la vida, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entre otros, son prueba de la consideración a la valía de su labor de académico, investigador y creador de posturas y planteamientos relevantes en el campo del derecho.

Textos de elevado contenido son los libros y artículos en los que plasma su sapiencia en materia constitucional, procesal, derechos humanos, juicio de amparo, técnicas de investigación jurídica, que han contribuido al entendimiento, profundización y defensa de conceptos básicos sobre constitucionalidad, en el desarrollo perspectivo y visionario de la práctica del derecho y en la acción judicial.

“El juicio de amparo”; “Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional”; “Constitución y proceso civil en Latinoamérica”; “Los tribunales constitucionales y los derechos humanos”; “La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales”; “Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano”; “Ensayos sobre derecho de amparo”, y varios más, propios y en coauto-

ría, son prueba evidente de una mente clara y brillante que sabe convertir ideas, conocimientos y experiencias en útiles instrumentos de enseñanza y orientación.

Lo que este impresionante *curriculum* no muestra, es aquello que quienes tenemos el honor de conocerlo, sabemos son logros producto natural de un ser cuya honestidad, ética personal y profesional, altos valores humanos, sencillez y alegría de vivir, le han conducido por el bello camino que él mismo se ha trazado, de esposo y padre ejemplar, de amigo leal, de colega compartido, de hombre generoso, de maestro de tiempo completo de la propia vida.

Puedo decir por ello, doctor Héctor Fix-Zamudio, que ha sido Usted luz que ha alumbrado, alentado y orientado a multitud de estudiantes, nóveles abogados, distinguidos profesionistas y los ha hecho repensar, profundizar y amar la ciencia jurídica y el ejercicio del derecho. Pero sobre todo, puedo decir que ha sido Usted un hombre íntegro.

Conmemorar y hacer patente la imborrable huella que ha dejado en el ámbito del derecho con sus estudios, investigaciones, publicaciones, cátedras y conferencias; y, en sus relaciones personales, con su calidez y calidad humana, es sólo una pequeña pero sentida expresión de la alta estima a su impecable y fructífera trayectoria, que deja en todos nosotros, un reto implícito de superación y un agradable sabor de lo que la grandeza de espíritu y la sencillez personal logran en un hombre positivo.

Por eso, hoy me sumo a la voluntad colectiva de dejar testimonio de agradecimiento y admiración por un hombre excepcional y un jurista de talla universal.

Sea éste un sencillo pero sincero reconocimiento a quien ha sabido imprimir en el alma y la conciencia de múltiples generaciones, el amor por la ciencia jurídica, la pasión por la justicia y el respeto a la dignidad humana.

Enhorabuena doctor Héctor Fix-Zamudio

Margarita Beatriz LUNA RAMOS*

* Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

*Palabras de agradecimiento al Maestro
Doctor Héctor Fix-Zamudio*

He tenido una relación, muy directa, con el Maestro, en tantas cosas de la vida, doctor Héctor Fix-Zamudio. Por consiguiente, estoy consciente de que usted considera que maestro no ha habido más que uno, expresión que le he escuchado en varias ocasiones.

Mi relación con usted, doctor Héctor Fix-Zamudio, comenzó cuando estaba haciendo el doctorado en la UNAM, ocasión en la que explicó la materia de Poder Judicial de la Federación, cuando todavía nuestro querido Instituto de Investigaciones Jurídicas se encontraba en un lato edificio, concretamente en la Torre II de Humanidades. A partir de ahí esta relación se ha mantenido en diversas ocasiones, unas más alegres y otras más tristes, pero de forma continuada.

He querido expresar mi pensamiento y mis sentimientos y omitir lo que todos conocemos, que es usted uno de los mejores juristas de México y del mundo. Por ello le envié mi abrazo más fuerte y respetuoso.

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, España.

Junio de 2007

*Doctor Héctor Fix-Zamudio
Presente*

Muy estimado y admirado doctor Héctor Fix-Zamudio

Con mucho entusiasmo recibí la invitación del doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor para colaborar en el homenaje que están realizando por sus cincuenta años de trayectoria en el ámbito del derecho. Inicialmente, debo confesar que sentí temor de no estar a la altura de dichas pretensiones, pero mi afán de hacer de su conocimiento todo mi respeto y admiración, hicieron que pudiera cumplir con esta agradable tarea y de este modo redactar esta misiva.

Estoy segura de que muchos académicos y profesionales del derecho, particularmente bajo la coordinación del doctor Ferrer Mac-Gregor, harán de este noble acto una majestuosa obra, digna de un Investigador como lo es usted, y a la cual me sumo, de la manera más respetuosa, pues estoy consciente de que a este homenaje se están uniendo colaboraciones de importantes juristas en el ámbito nacional e internacional.

Quisiera hacer de este documento una extensiva no solo al investigador emérito, ni al doctor en derecho; ni únicamente al autor de tan grandes obras literarias, quisiera hacer énfasis en el ser humano que encarna Don Héctor Fix-Zamudio, hombre maravilloso, que pese a los grandes cargos que ha ocupado y a tal investidura, jamás deja de sonreírle al colega, al amigo, e igualmente al extraño que se le acerca; no he tenido la dicha de haber sido su alumna en las aulas, sin embargo, lo he sido en la vida, un ámbito mucho más difícil de sobrellevar, y éste es el momento de agradecer sus enseñanzas que para mí han sido fundamentales a lo largo de mi vida.

Esta obra me da la oportunidad de reconocer la hermosa y brillante carrera en la investigación científica que ha llevado y que no ha sido fácil,

pues para ello no solo se requiere voluntad, sino amor por la ciencia jurídica, sacrificios y muchas horas de desvelo, pues sus aportaciones para el estudio del derecho procesal, derecho constitucional, administrativo, juicio de amparo y en general en la ciencia del derecho han sido profundas, especializadas y un pilar fundamental en México y en el mundo.

Su serenidad, energía, responsabilidad y disciplina han hecho de usted un ser humano invaluable; ni sus altos puestos en la judicatura, ni en la academia e investigación han hecho que su sencillez y amabilidad se transformen, por el contrario, el doctor Fix-Zamudio camina por los pasillos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, siempre dispuesto y amable, he de decir que siempre con un consejo atinado y sugerente.

Hoy, todos los reconocimientos son mínimos para el hombre que ha dedicado su vida entera al estudio de la ciencia jurídica y particularmente a la investigación, autor de incontables y valiosos trabajos, de numerosas ponencias, en él se consagran numerosas distinciones a nivel nacional e internacional y en general incontables reconocimientos, además de ser depositario de diversos cargos de alta investidura, todos ellos encaminados a destacar su labor, que llena de esa fuerza incanzable y de ese ánimo constante de trabajo ha valido el otorgamiento de singulares testimonios de aprecio como lo es la presente.

Su actividad y labor son estímulo de quienes lo escuchan y los conocimientos que generosamente nos ha transmitido a través de su obra. Hoy mercedamente sus alumnos, discípulos y amigos le reconocen.

Junto a tan elevados testimonios, que sin lugar a duda muchos que hoy ocupan honrosos cargos le dirigen y que al igual que todos aquellos que le apreciamos, manifiesto a usted todas las razones existentes para admirarlo y respetarlo, con la misma modestia de la que usted se caracteriza, reciba querido maestro el presente escrito como muestra y expresión del profundo afecto y admiración que le tengo.

Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ*

* Especialista en derecho constitucional por la UNAM, México.

México, Distrito Federal a 15 de mayo de 2007

Doctor en derecho Héctor Fix-Zamudio
Presente

Al leer una reseña curricular de un ex presidente de México, la cual refiere que durante su vida profesional, se había desempeñado en diversos cargos al *servicio de la Nación*; magistrado de Tribunal Superior de Justicia, senador, gobernador, y secretario de Estado, de inmediato vino a mi mente la figura del doctor Héctor Fix-Zamudio y con ella la remembranza de los cargos públicos a él ofrecidos una y otra vez, los cuales recibieron la misma respuesta “no gracias, mi vida es la academia”, envuelta con la humildad que lo caracteriza.

Gracias por haber elegido *servir a la Nación* de manera ininterrumpida, sin cenit ni ocaso, esforzándose en todo momento por alcanzar sus más altas posibilidades como investigador, como hombre de esencial orientación jurídica, educado a pensar en categorías estatales. Usted Maestro, al elegirse como ser humano, ha enseñado a innumerables generaciones la capacidad de llegar a ser, toda vez que la verdad de su resolución se puede medir por el grado en que ha cultivado la ciencia jurídica y prodigado generosamente sus conocimientos en beneficio de estudiantes, investigadores, instituciones académicas y públicas, dentro y fuera del país.

En esta conmemoración de su *L* aniversario como investigador considero apropiado citar a Kierkegaard “*Lo importante no es encontrar una verdad, sino aquella verdad por la que yo pueda vivir y morir*”.

Reciba mi gratitud y aprecio por las enseñanzas recibidas que trascienden a la materia jurídica.

Soren Aabye Kierkegaard:

Vivimos en una época en que la pasión por vivir se ha olvidado ¿Qué significa elegirse como ser humano?

Miradas a esos intersticios de la existencia en donde llegamos a ser nosotros mismos.

Para Kierkegaard la verdad de una experiencia se mide de acuerdo al grado en que eso nos involucra como individuos.

No enseña un objeto sino la capacidad de llegar a ser.

“Tú vida es importante. Respétala. Lucha por alcanzar tus más altas posibilidades”.*

Gonzalo MOCTEZUMA BARRAGÁN**

* Branden, Nathaniel, *Los seis pilares de la autoestima*, México, Paidós, 1995.

** Secretario Ejecutivo del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, México.

La sencillez lo engrandece

En junio de 1990 se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Ese año y mes coincidían con la terminación de mis estudios correspondientes a la licenciatura en derecho, es curioso escuchar que en la vida no hay coincidencias, antes bien toda convergencia tiene una razón de ser, lo cierto es que la buenaventura me presentó con el doctor José Ramón Cossío Díaz a la sazón secretario particular del presidente Fundador de dicha Comisión, doctor Jorge Carpizo, y fue el propio doctor Cossío que generosamente propició mi ingreso laboral en el *ombudsman* mexicano.

Recuerdo con emoción aquellos días o mejor dicho años, en que el trabajo se dirigió a darle carta de naturalización a la naciente Comisión, y para alcanzar tal objetivo, bajo la batuta del propio doctor Carpizo, se desplegó una amplia tarea editorial con el fin de promover la cultura de los derechos humanos en México, digo esto en punto nodal con la *ratio* de estas notas, pues como jefe del Departamento de Estudios tuve la honrosa encomienda de revisar la tarea editorial del libro *Aspectos nacionales e internacionales de los derechos humanos* del doctor Don Héctor Fix-Zamudio, a la sazón juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que con posterioridad presidiría.

Obvio decirlo que para un novel abogado, el presentar el trabajo reunido para su publicación a tan destacado jurista fue a no dudarlo una experiencia inolvidable, fue así como me presenté (por indicaciones del propio autor), en su domicilio particular y de entrada la frugalidad de éste sólo se explica en la congruencia que distingue a los grandes.

En ese primer contacto la sencillez y trato amable, prácticamente benevolente de Don Héctor Fix-Zamudio ante el impertinente joven, me dio en unos cuantos minutos una de mis mayores lecciones en la vida: la trascendencia no es sinónimo de arrogancia.

Años después, ocupé la Dirección General adscrita a la Secretaría Ejecutiva de la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Dirección General que tenía la encomienda de conducir los trabajos del Premio Anual a Tesis de Licenciatura sobre Derechos Humanos, recurrí al Maestro Fix-Zamudio, pidiéndole aceptara ser parte del jurado, y de nuevo con enorme generosidad aceptó la encomienda honorífica.

Poco tiempo pasó por razones que sobra decir, el doctor Héctor Fix-Zamudio se incorporó como integrante del Consejo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Los dos hechos expuestos me otorgaron la invaluable oportunidad de acrecentar mi trato con tan destacado jurista y ser humano.

Con motivo de la publicación de un libro sobre *Justicia constitucional*, recurrí al Maestro Fix-Zamudio, con el ánimo de obtener de su pluma el prólogo correspondiente, de nueva cuenta de manera generosa me obsequio éste, mismo que considero una de las mayores distinciones que en mi profesión he recibido.

Desayunos, comidas, encuentros en diversos eventos académicos me han permitido tiempos de aprendizaje del gran ser humano que es el Señor Doctor Don Héctor Fix-Zamudio, cuya sencillez lo engrandece.

Con mi gratitud

Carlos A. MORALES-PAULÍN*

* Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

Al Maestro Héctor Fix-Zamudio:

Me cuesta trabajo llamarlo de otra manera, tal vez el protocolo académico debiera orillarme a llamarlo formalmente doctor, pero me parece que materialmente es usted un Maestro, como aquellos venerables sabios medievales que aparecen en los bajorrelieves boloñeses delante a un grupo de jóvenes ávidos de la explicación de un caso complejo del digesto. Yo encuentro en usted un Maestro, siempre listo para dar un consejo o prestar su apoyo.

Recuerdo cuando nos conocimos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, entonces era becario adscrito al *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, para mí, recién graduado de la carrera de derecho, su nombre era un ícono. Me acerqué por primera vez a sus textos invitado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, cuando preparábamos una investigación para el Congreso de Derecho Procesal, desde entonces fue referente obligado en muchos de los temas que después retomé al regreso de mi doctorado; por cierto, esa es otra cosa que le debo agradecer, recordará que cuando la Universidad de Florencia aceptó mi candidatura para entrar al doctorado en teoría e historia del derecho, comencé a buscar una beca, la oportunidad se dio con la embajada italiana, dentro de los requisitos se encontraban dos cartas de recomendación, cuando le comenté sobre este pormenor usted no dudó en decirme que pasara esa tarde por su casa para recoger una de las dos cartas, gesto que fue de gran ayuda porque el día de la entrevista con el consejo de becas de la Secretaría de Relaciones Exteriores ellos le dieron mucha consideración a dicha misiva.

Nos hemos encontrados otras veces en algunos eventos académicos y usted es siempre la persona accesible y amable, que con una sonrisa y mucho respecto por su interlocutor, logra mantener esa admiración que se tiene por los maestros, que son sabios y a la vez humildes, que justo en eso cifran su saber, en ese reconocimiento constante de que siempre hay algo que aprender, y esa es la mejor enseñanza de un Maestro, que sólo puede

transmitirse con el ejemplo, no con palabras vanas, es más bien cuestión de coherencia, de estilo de vida.

Para mí ha quedado grabada una imagen invaluable, Cristina Fix nos contaba que cuando era pequeña escuchaba en la madrugada el batir de la máquina de escribir de su padre, produciendo ciencia jurídica, incansable ensayista; y he ahí otra enseñanza del maestro, sólo el trabajo arduo y la constancia producen frutos duraderos, frutos como el que con orgullo noto al ir a cualquier país y escuchar el nombre de Héctor Fix-Zamudio, como me sucedió en Italia y en Brasil.

Así que le pido por favor me considere su discípulo, pues creo que le he demostrado con creces las múltiples enseñanzas y ayudas académicas que le debo.

Con todo respeto y cariño,

José Ramón NARVÁEZ*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

*Palabras de reconocimiento al doctor Héctor Fix-Zamudio
por sus cincuenta años de labor científica (1956-2006)*

Estimado doctor Héctor Fix-Zamudio:

Quisiera confesarle que no soy un asiduo lector de *haikus* (forma poética originariamente japonesa compuesta comúnmente de tan sólo 17 sílabas y con severa pauta silábica, 5-7-5). Pero sí lo soy, en cambio, de la obra del nostálgico y en ocasiones festivo escritor uruguayo Mario Benedetti a quien debo mi limitadísimo conocimiento de tan singular poesía oriental. En un intento por latinoamericanizar lo primigeniamente japonés, Benedetti escribe sus propios *haikus* y se aventura a publicar hacia finales del milenio anterior (puntualmente en el año de 1999) la obra *Rincón de haikus*. El poeta y también cuentista uruguayo inicia su obra con una frase que pertenece a Matsuo Bashoo (1644-1694), maestro y creador de *haikus*, y que ahora me permito reproducirla por considerarla apropiada en ocasión de sus cincuenta años como investigador jurídico: “No sigas las huellas de los antiguos busca lo que ellos buscaron”.

Admito que me tomó por sorpresa la atenta invitación del doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor a participar en una obra colectiva que ha de recoger ensayos sobre diversos aspectos de una disciplina en la que no soy un especialista, el derecho procesal constitucional. Al recibir la invitación y leerla con cuidado, me percaté que la gran mayoría de los temas sugeridos para elaborar un trabajo con ese objetivo guardan una considerable distancia con los temas (fundamentalmente sustantivos y no adjetivos) de la disciplina jurídica a la cual me he dedicado desde hace ya algunos años tanto por la vía de la práctica profesional como servidor público, como por la de la gratificante carrera docente y la estimulante actividad de la investigación: el derecho ambiental. El palmario hecho (que no por mera casualidad) de mi circunstancia *ius-ambientalista*, me llevó a reflexionar lo siguiente: ¿en qué se vincularán el debido proceso

constitucional con el eco-etiquetado de productos transgénicos?, ¿cuál será la cercanía entre el análisis jurídico de las pruebas en los procesos constitucionales y el de la emisión de bonos de carbono para combatir el cambio climático?, ¿acaso tienen algo en común la justicia constitucional y la conservación de humedales costeros?, ¿tendrán alguna relación las discusiones sobre la jurisdicción constitucional estadual o provincial con las discusiones sobre establecer una contribución para el aprovechamiento no extractivo (por actividades de observación y acercamiento) de ciertos ejemplares silvestres como el de las ballenas grises?

Con aliviante tino académico —¡y político!— la carta-invitación convoca asimismo a escribir ya sea junto al ensayo o por separado, una carta en la que se expresen anécdotas, vivencias, experiencias personales, expresiones de gratitud, etcétera. Qué mejor —pensé inmediatamente— que optar por esta alternativa (que a su vez privilegio) y atreverme a redactar una carta con todo y el espacio tan reducido con el que se cuenta para ello y no obstante el dato de nunca haber sido su alumno.

Desde luego, su andar científico y trayectoria académica llegó por vez primera a mi conocimiento (recuerdo que aún en mis años adolescentes) por razón de la relación de amistad que siempre ha guardado con mi señor padre. Más adelante, su labor se hizo aún más patente en mi persona a partir de mi ingreso a la Facultad de Derecho en 1987, año en el que por cierto lo habrían de designar investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios. Recuerdo que durante mi carrera, su obra en los cursos respectivos era siempre sugerida como lectura indispensable para el entendimiento de las difíciles (para mí) materias procesales. Después, cuando ingresé al propio Instituto en el año de 1991 como técnico académico, mis colegas y yo (la mayoría aún sin titularse) nunca vacilábamos en reconocer que “Jurídicas” no podía entenderse sin la obra ni las aportaciones del doctor Fix-Zamudio; ese mismo año recibía usted el Premio Universidad Nacional. Luego, un avión me arrancó de estas tierras mexicanas y me llevó a la costumbrista Inglaterra para realizar estudios de posgrado; regresé después de más de seis años con maestría y doctorado y me enlisté en el gobierno federal para servir a México durante casi tres años como funcionario público. El mismo año que regresé al Instituto ahora como investigador de tiempo completo, *i. e.* 2004, le era otorgado merecidamente el Premio Internacional Justicia en el Mundo. Han transcurrido ya tres años desde

mi conversión a académico universitario y he tenido la fortuna de conocerlo un poco más. Quizá por eso me he animado a escribirle estas líneas y comentarle que el propósito central de esta carta no es otro sino el de manifestarle mi profundo reconocimiento por lo que ha hecho para la ciencia jurídica de este país.

El sendero de la vida universitaria es largo y para no claudicar es preciso contar con el ejemplo de quienes nos preceden, como es el de usted. Pero así como le he confesado que poco sé de *haikus* quisiera paralelamente confesarle que es muy probable que yo no vaya a dar un giro en mis investigaciones para abandonar el derecho ambiental y dedicarme de lleno al procesal constitucional. Sin embargo, y parafraseando a Matsuo Bashoo, el ejemplo que sigo en usted no es la huella del procesal constitucional, sino aquello que buscó y lo llevó a ocupar el sitio que tiene por su aportación al avance del pensamiento jurídico mexicano.

Felicidades por sus cincuenta años de labor científica.

César NAVA ESCUDERO*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Alusión al Maestro Fix-Zamudio

La academia en general, pero en especial la que genera la doctrina jurídica, acostumbra honrar a los personajes relevantes que la forman a través de obras en homenaje a quien se estima reúne calidades especiales dentro del gremio, se trata de experiencias editoriales extraordinarias y simbólicas que conjuntan a reconocidos juristas para que con su ponencia o ensayo sumarse decididamente al homenaje que se tributa a favor del que lo merece, en esta ocasión el tributo intelectual se rinde y con sobrada razón en honor de don Héctor Fix-Zamudio y sobre todo porque se le brinda en vida, que es cuando deben darse las manifestaciones de aprecio colectivo de sus colegas y discípulos, en este caso incontables.

Siempre es grato referir la calidad humana y la sabiduría que caracterizan al Maestro, como le llamamos con respeto y unánime admiración al gran jurista y catedrático mexicano, acaso el máximo exponente del iuspublicismo de nuestro país. Cualquier recuerdo que liga el encuentro permanente de varias generaciones de juristas con el Maestro Fix-Zamudio, es por definición cálido y fecundo; la sencillez amable y generosa con la que ha forjando escuela en su tenaz labor —de largas décadas de sostenida producción editorial— desde su modesto cubículo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ha irradiado un legado monumental, su obra escrita y en complemento sus enseñanzas desde la cátedra se traducen en un compendio de invaluable aportaciones científicas. Por tanto creo —como opinan muchos más— que, sin incurrir en exageración, el Maestro Fix-Zamudio, es el referente mexicano más entrañable del círculo de los cultivadores del derecho en Iberoamérica. Lo reconocen y aprecian todos. Los mayores y los más recientes investigadores del derecho constitucional y administrativo comparado reciben de Don Héctor Fix-Zamudio el mismo trato, la misma atención, una expresión de respetuosa correspondencia establecida por su capacidad de escuchar y

de responder con genuino sentido, la experiencia de compartir el conocimiento acumulado en su impresionante trayectoria profesional.

Tuve la fortuna de ser su alumno en 1995, durante un curso en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, ahí comprendí —de manera cabal— su dimensión internacional y la profundidad de sus advertencias teóricas, en un intenso diálogo grupal e individual enriquecido por la dinámica de las intervenciones los colegas europeos y latinoamericanos, de la que a modo de colofón surgió una respetable amistad intelectual en torno al Maestro Fix-Zamudio y otros catedráticos. Desde entonces, mantengo el particular interés de seguir sus publicaciones y conferencias, algo que se facilita dentro del circuito de la actualización constante en la que leerlo resulta una obligación para participar de esa nueva época del desarrollo del derecho de nuestro tiempo. Tras lo dicho, resulta innecesario agregar un dato adicional, salvo que sea para hacer algún comentario relativo a alguna obra nueva del Maestro que aún no hubiéramos podido conocer; a menudo, su enorme producción reflexiva nos coloca —momentáneamente— en rezago, acicate que siempre es un gusto resolver.

Salvador Olimpo NAVA GOMAR*

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación, México

Lima, marzo de 2007

*Profesor Doctor
Héctor Fix-Zamudio*

Querido maestro:

La primera vez que leí un libro suyo fue hace treinta años aproximadamente en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha pasado mucho tiempo y dicho libro, que lleva como título *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, sigue en pie desde el inicio hasta el final, y en donde pone Usted el estilo del investigador nato y serio. Vienen estas líneas, querido profesor, a propósito de sus cincuenta años de desarrollo científico: 1956-2006.

A estas alturas de la vida, su labor académica y científica, complementada con su producción bibliográfica, han de servir a las futuras generaciones para que cultiven la investigación con rigor académico, tal como Usted lo ha puesto de manifiesto. ¡Cuán importante ha sido para Usted la estela del procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906- 1985)! Como en alguna ocasión me lo manifestó: “Fue como si hubiera obtenido una beca para estudiar en el extranjero”.

En ese orden de ideas, la ciencia del derecho procesal constitucional se ha visto enriquecida con sus aportes de gran valía, por eso que hoy en día, como disciplina, ocupa un lugar importante en el mundo jurídico. ¡Y qué decir del legendario juicio de amparo mexicano!, instituto procesal al cual Usted le ha dado toda una fisonomía y personalidad para la defensa y salvaguarda de los derechos fundamentales.

Por ello, me auno a este importante aniversario que viene organizando de manera magistral nuestro común amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y

que se le viene rindiendo con estricta justicia. Deseamos toda la comunidad académica peruana y de Iberoamerica que la divina providencia le dé muchos años más de vida para seguir gozando de sus otros meritorios trabajos académicos que están todavía en el telar.

Con la amistad invariable de siempre

José F. PALOMINO MANCHEGO*

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Mi querido Héctor:

Esta corta misiva complementa el aporte que ofrezco al homenaje que se te brinda. He pensado que es conveniente definir, primero en la doctrina y luego en la legislación, el rol que debe cumplir el juez constitucional. En la época compleja que nos ha tocado vivir y en la que debe prevalecer no tanto el texto de la Constitución sino los valores que deben inspirarla.

Es por ello que el dilema, ¿activismo o galantismo judicial? absorbe gran parte de la doctrina de hoy. Es preciso dar luces para definirlo. De su clarificación depende en gran parte, no solo la paz de un país, sino en este mundo globalizado, el equilibrio mundial.

Tú, como miembro durante doce años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo su Presidencia, tienes razones de sobra para comprenderlo y compartirlo. La última vez que nos vimos fue con ocasión de la misa celebrada en memoria de tu esposa María Cristina, a quien tanto recordamos, por su sensible fallecimiento.

El fuerte abrazo de siempre,

Carlos PARODI REMÓN*

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Un cuadro del maestro Fix-Zamudio

Muchas veces me he preguntado qué sentirá el doctor Héctor Fix-Zamudio cuando entra al auditorio que, con toda justicia, lleva su nombre en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Primero, me imagino que entrar a un auditorio y mirar un cuadro de uno mismo, es como mirarse en un espejo. Sin embargo, pensándolo un poco más, el cuadro tiene una individualidad, una autonomía, que el otro del lado del espejo acaso ansía pero nunca logra.

Más allá de las razones obvias que podemos encontrar para defender esta diferencia —la idea de que cuando nos vamos, el del espejo se viene con nosotros aunque no quiera—, lo cierto es que cuando uno se mira en un retrato, mira lo que era entonces, recuerda lo que quería ser y hacer, reflexiona acerca de lo que es. En mi opinión, cuando uno mira el cuadro de Héctor Fix-Zamudio en el vestíbulo del auditorio principal del Instituto de Investigaciones Jurídicas, uno entiende que el mismo refleja algo más que a una persona: en realidad, el cuadro de Héctor Fix-Zamudio nos refleja a todos los que, de alguna manera, hemos pasado por aquí y, si extendemos un poco más la alegoría, refleja todo lo que ha pasado por aquí. Por eso genera tranquilidad la atención, el gesto a la vez seguro y satisfecho del cuadro. Lo que Héctor Fix-Zamudio ha construido comparte esas propiedades: seguridad y satisfacción. En mi opinión, la presencia de ese cuadro en este Instituto, en particular en ese lugar, sirve para hacer que todos los que nos dedicamos a estudiar y a vivir del derecho reflexionemos acerca del pasado de la disciplina, de sus aspiraciones, de lo que ha recorrido, de sus fortalezas, de su situación actual y de su futuro. Mi interpretación es simple: el cuadro de Héctor Fix-Zamudio es el cuadro del estudio del derecho en el México contemporáneo.

Cada vez que veo al Doctor Fix-Zamudio caminar por los pasillos del Instituto, que él fundó y que le debe prácticamente ser lo que es, no puedo evitar sentirme un tanto rebasado. Creo que cuando uno lo mira andar por aquí, por su casa, uno no puede evitar sentirse en presencia de la his-

toria y, cuando la historia camina cerca de uno, no queda más que hacerse a un lado con respeto, admiración y reverencia.

Cuando Héctor Fix-Zamudio camina por los pasillos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, uno sabe que una de las mentas más lúcidas de nuestro tiempo anda a pie. Siempre creeré en la lucidez del maestro Fix-Zamudio. De nadie he escuchado con tanta sencillez y claridad la más seria advertencia acerca del gran movimiento contemporáneo que exige que los actos de las autoridades sean absolutamente transparentes: “algo que es muy transparente termina por no verse”, le oí decir en una comida. Su sencillez, su generosidad y su honestidad intelectual nos demuestran que para hacer cosas que afecten a los demás con la mayor capacidad, con el mayor talento y con la mayor inteligencia posible, no se necesitan estatuas de bronce o puestos encumbrados: su legado se ve en el Instituto que él mismo fundó y al que todavía, para fortuna de todos nosotros, asiste.

El maestro Fix-Zamudio nos mira desde su cuadro. Es deber de todos continuar a la altura de su satisfacción.

Carlos PÉREZ VÁZQUEZ*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

San José, Costa Rica, febrero de 2007

Querido Maestro:

A la entrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra lo que se conoce como “Salón de los Presidentes”, que es la antigua sala de deliberaciones de la Corte que le tocó encabezar y que ahora alberga los retratos de cada una de las personas que han presidido ese tribunal internacional. ¿Sabía usted que dichos retratos se encuentran dispuestos de tal manera que, curiosamente, el primero que se ve cuando se entra a la Corte es el suyo?

Ex presidente y ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, su camino ha sido largo y constante para haber llegado ahí y para, mucho antes de ello, haberse situado como un pilar jurídico en Hispanoamérica. “La vida está hecha de decisiones”, me comentó un día. La suya dio un giro radical cuando, siendo secretario de Estudio y Cuenta, decidió dedicarse a la investigación con el apoyo de su esposa María Cristina (q.e.p.d.) y el consejo de don Niceto Alcalá-Zamora. Esa decisión, así como su implacable deseo de aprender y de compartir lo aprendido, lo han llevado a donde hoy se encuentra.

Es precisamente esto último es lo que quisiera resaltar. Existen muchas personas que llegan a su altura —o ni siquiera eso— y desde allá se encumbran. Si algo más hay que admirarle es su incontenible deseo de aprender y de nunca menospreciar a su interlocutor. No hay día que no esté dispuesto a aprender algo, ni que deje de compartir su conocimiento. Su frase introductoria: “¿Sabía usted que...?” ha llenado innumerables veces mi desconocimiento y me ha provocado el deseo de seguir conociendo.

Usted es amplia y justamente reconocido por su trayectoria jurídica a nivel nacional e internacional. No hay duda de eso. Este homenaje es sólo un ejemplo. Generaciones enteras de abogadas y abogados lo han convertido en pilar de su formación. De hecho, mi primer acercamiento a us-

ted, al igual que muchos estudiantes hispanoamericanos, fue a través de sus libros. Derecho procesal, constitucional, procesal constitucional, internacional, laboral, administrativo, son sólo algunos temas en los que nos ha brindado su saber y pasión. Sin embargo, como buen humanista, su conocimiento no se limita a lo jurídico, sino que trasciende a lo artístico, específicamente al ámbito musical y literario.

Todos los días, en su oficina del Instituto de Investigaciones Jurídicas se escucha diferente fondo musical: música clásica, romántica, barroca. No en balde el ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, don Alirio Abreu Burelli, quien además es músico de profesión, admira su profundo conocimiento en el ámbito musical y remembraba constantemente las largas conversaciones al respecto con usted.

En cuanto a lo literario, Dickens, Cervantes, Shakespeare y Tolstoi lo han acompañado a lo largo de su vida. Pero no sólo ellos. Luego de una conversación —mejor dicho, una cátedra— sobre algún tema jurídico, usted, sentado en su escritorio, me preguntaba: “¿Y qué materias está llevando este semestre en Literatura? ¿Siglo de Oro español? Yo no sé mucho de eso, pero ¿sabía usted que...?”. Y así, tal vez sin saberlo, se convirtió, además, en una guía para mí en el ámbito literario. Siempre me he preguntado con cierto desconcierto porqué se habrá deshecho de los cuentos que escribió y que el mismo Agustín Yáñez, gran escritor mexicano y profesor suyo, elogió.

Sea como jurista, historiador, literato o músico, quienes hemos tenido la oportunidad de conocerlo en persona coincidimos en que, además de sabio y modesto —o tal vez justamente por eso—, es un buen hombre o un hombre bueno, que actúa consecuentemente con lo que piensa. Esto, en cualquier circunstancia, es un don admirable.

Durante tres años tuve la oportunidad única de recibir directamente de usted enseñanzas no sólo jurídicas, sino de cultura general y, la más valiosa de todas, de vida. ¿Sabía usted que esto es invaluable y que dichas enseñanzas me acompañan en mi día a día, en el ámbito no sólo profesional, sino personal?

El día que vi aquel retrato suyo por primera vez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya tenía la fortuna de haber trabajado como su ayudante de investigación. Meses antes, cuando me dirigió la investigación de tesis respecto de la jurisprudencia y funcionamiento de dicho

tribunal, no podía yo imaginarme las consecuencias que eso tendría en mi vida, que me han llevado a donde me encuentro hoy.

Hans Christien Andersen decía que “la gratitud es la memoria del corazón”. Conuerdo con él y por eso le digo: Gracias: gracias por las conversaciones y los silencios, gracias por las enseñanzas y los consejos, gracias por su tiempo. *¿Sabía usted* que eso lo llevaré conmigo toda la vida?

Con afecto y admiración,

Karla I. QUINTANA OSUNA*

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México.

Bogotá, 10 de julio de 2007

*Señor Profesor Héctor Fix-Zamudio
México, Distrito Federal*

Eminente Profesor amigo:

Si mi memoria no se extravía recuerdo que en uno de los años de la década de los sesenta del pasado siglo, en alguna revista o publicación impresa leí una noticia relacionada con tu nombre como autor o promotor en el área del constitucionalismo latinoamericano. En ese entonces atendía yo la cátedra de Derecho constitucional colombiano en la Universidad Externado de Colombia y me impresionaba la carencia de información bibliográfica en el tema del constitucionalismo latinoamericano. Si mi memoria no se extravía, lo que de ti deduje fue una orientación o propósito inductivo hacia ese tema. No me dirigí a ti para expresarte mi interés y conformidad intelectual pero llegado el año de 1975 recibí una invitación con tu firma y la de otros catedráticos del área del constitucionalismo en el ámbito del derecho constitucional Mexicano. En uno de los muros del “Instituto de Estudios Constitucionales” de mi Universidad Externado de Colombia-donde nos has honrado y estimulado con tu grata presencia-conservamos la fotografía ampliada de los catedráticos de derecho constitucional que allá nos congregamos.

Los años han transcurrido y tu presencia varias veces en el Externado sigue siendo motivo de admiración y orgullo. Y para mí personalmente también porque con tu excelsa amistad me has exaltado.

Carlos RESTREPO PIEDRAHITA*

* Profesor de Derecho constitucional en la Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Buenos Aires, 31 de mayo de 2007

Señor Doctor
Estimado Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Como le señalé en su momento, motivos ajenos a mi voluntad me impiden participar en el libro de homenaje al ilustre doctor Fix-Zamudio, con el trabajo que en su momento me invitara a presentar.

Sin embargo, de alguna manera deseo estar presente a la hora de brindarle reconocimiento por sus enseñanzas, de ahí que responda con estas improvisadas líneas a su gentilísima actitud, al abrirme las páginas del libro en cuestión para agregar, aunque sea, un breve testimonio de afecto y reconocimiento al ilustre maestro americano.

Por supuesto que el mejor homenaje para quien es ejemplo de trabajo y amor a la ciencia sería, tal como lo fue pensado por usted, investigar y escribir. Al no poder hacerlo materialmente, y como mi propósito era escribir un trabajo acerca de los alcances del derecho procesal constitucional —disciplina que cuenta al doctor Héctor Fix-Zamudio como uno de los sus más encumbrados cultores—, a punto de salir de mi país y sin poder disponer de la bibliografía que supla mis falencias, me limitaré a hacer algunas reflexiones y a presentar una suerte de catálogo de inquietudes para que otros —con una mayor autoridad que la mía— puedan darme orientación al respecto.

El derecho procesal constitucional no es simplemente un nombre sin contenido; no es una denominación que, caprichosamente, haya sido asignada por un grupo de estudiosos a una determinada —o no tanto— realidad jurídica. Está instalado apriorísticamente, quizá por el impulso y la dedicación de excelentes especialistas; quizá por una resultante intuitiva, pero está nace, como todas las ramas del derecho, de la presencia de objetos nuevos o de otros existentes que de pronto adquieren especial re-

levancia y que entonces despiertan la necesidad de saber de su esencia, su naturaleza, y utilidad.

No es extraño que aparezca ante nuestros ojos luego del fenómeno del nacimiento del derecho procesal como rama científica —mitad del siglo XIX en adelante— y del correspondiente a la comprensión y relevancia de las Constituciones liberales no como meras piezas programáticas sino como ordenamientos operativos (primera, pero fundamentalmente segunda mitad del siglo XX y lo que va del presente).

No es extraño tampoco que lo haga frente al advenimiento —en un mundo tan global como deshumanizado— de una realidad político-social que muestra a los individuos y a los pueblos reclamando a los gobiernos por sus derechos constitucionalmente asentados y a éstos, conmoviéndose —con mayor o menor reticencia— ante tales reclamos de modo de resentirse el apotegma del parlamento como receptáculo y expresión de la voluntad general, al tiempo que dejando espacios en los que los reclamos de la gente pongan a los poderes judiciales en trance de ocuparlos.

Pasando a las prometidas interrogantes, veo en primer lugar, el tema de la autonomía del derecho procesal constitucional o por el contrario, el de su esencia procesal o constitucional de modo de ser una especialización calificada de las respectivas ramas jurídicas.

Me inclino por pensar que el derecho procesal constitucional no es rama autónoma sino especialidad y del derecho procesal, pero es que el derecho procesal y para ser más preciso sus objetos componentes (acceso a la justicia, acción, proceso constitucional —prefiero llamar así al “debidó” proceso, pues si el proceso admite valoraciones potenciadoras, es por obra de las Constituciones mismas que fijan sus lineamientos infungibles y lo convierten así en garantía genérica pero garantía al fin— y cosa juzgada) son un producto directo de la Constitución.

Me preguntaba también si es admisible la existencia de un derecho constitucional procesal diferenciable del procesal constitucional. Y tengo para mí que puede hablarse del procedimentalismo constitucional (formación de leyes, actuaciones de juicio político, proceso jurisdiccional, mecanismos de designación de funcionarios y magistrados, etcétera) omnicompreensivo de todo lo que escape a lo sustancial e indique un modo de operar de los órganos que la misma ley suprema establece. Pero en lo referente al constitucional procesal, parece bastante difícil darle contenido propio que

lo separe nítidamente del procesal constitucional y me asalta la duda de si no es posible unificar las temáticas que buscamos asignar a uno u otro, bajo una sola denominación y materia comprensiva del espacio que, impregnado de derecho político pero resultante del texto positivo de mayor valor jurídico, deba estudiar los precisos alcances del poder y del equilibrio entre las estructuras en las que se divide, es decir la teoría general del poder. En ese caso, quizá se debiera establecer de donde resulta el correspondiente al judicial ¿de la ley o directamente de la Constitución?; si es de este último modo, habría que poner en discusión una tésis según la cual el legislador solamente podría regularlo pero no otorgarlo y aún regulándolo no puede hacerlo distorsionando, impidiendo o entorpeciendo la labor judicial.

Enseguida ¿cuáles son los remedios que tendría a su alcance el Poder Judicial para su autodefensa efectiva, analizando la viabilidad de encarar ante esos eventos, declaraciones de inconstitucionalidad de oficio?, ¿qué naturaleza tiene el control de constitucionalidad?, ¿es político de modo de poder ser excluido de su utilización por los Poderes Judiciales o es jurisdiccional, y por ende de uso inalienable de los mismos?

¿Cuál es la naturaleza de la labor de los tribunales constitucionales, así como su justificación supraconstitucional frente a la presencia de poderes y no de meras administraciones de justicia?

A ello se sumaría —siempre en el ámbito de la compatibilización del uso del poder en el Estado— el tema de las relaciones entre el Ejecutivo y el Judicial, en orden a la posibilidad de este último de hacer cumplir por sí sus mandatos y disponer al efecto de la fuerza pública de modo directo.

También el papel de un Poder Judicial como factor dirimente de conflictos de poderes y sus posibilidades de controlar las decisiones de los cuerpos que asumen papeles de juzgamiento político.

Igualmente el de la esencia estructural del Poder Judicial, en el que, según pienso, el poder jurisdiccional es de igual esencia para todos los jueces si bien divisible según ejerzan originarias y revisoras, temática en la que correspondería incluir el tema de la obligatoriedad de los fallos de los tribunales superiores para las instancias inferiores.

En fin doctor, la temática puede ser muy extensa y es impropio tratarla en una carta. Transmítale por favor de mi parte mis respetos al doctor

Héctor Fix-Zamudio. Hay vidas que alcanzan horizontes a los que no podemos arribar por que necesitaríamos tener algo de flecha y pájaro; y es lo que vislumbramos tiene el profesor Héctor.

Lo saludo muy cordialmente.

Adolfo A. RIVAS*

* Profesor de Derecho procesal, Argentina.

Madrid a 28 de julio de 2007

Querido Héctor:

El adjetivo con el que califico esta carta es sin duda redundante. Es obvio que la carta con la que pretendo contribuir al homenaje con el que se celebran los cincuenta años de tu dedicación a la investigación jurídica es abierta, puesto que está destinada a la publicación. Pese a ello, y a pesar también de mi horror por la redundancia, he decidido incurrir en ella con la esperanza de que el adjetivo ayude a entender mejor el contenido y el tono de mi carta.

Escribo a un amigo que se encuentra, como yo, “en la última vuelta del camino”, y esto inclina irresistiblemente a la efusión sentimental. Pero aunque le escribo a él, él es también el tema de mi carta, que ha de ser leída por otros. La efusión ha de ser contenida y los sentimientos, por así decir, objetivados, referidos a situaciones o circunstancias concretas.

Aunque te había leído mucho antes, personalmente te ví por primera vez, me parece recordar, muy brevemente en Caracas y después en Madrid, en una comida con Eduardo García de Enterría y Jesús González Pérez. Tengo, sin embargo, un recuerdo borroso de esos encuentros; incluso del segundo de ellos, aunque fue algo más largo, quizás porque la conversación corriera en él a cargo de nuestros comunes amigos y ni tú ni yo habláramos mucho. En todo caso, el nacimiento de nuestra amistad y de mi afecto se produjo años más tarde, cuando fui a México, invitado a unas jornadas que organizaba el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fue allí y entonces cuando tomé conciencia de que, además de ser autor de estudios numerosos y excelentes en el ancho campo del derecho procesal constitucional, eras una persona encantadora y un verdadero maestro. Un hombre bondadoso, de exquisita cortesía, que emplea con precisa elegancia nuestra lengua común, y la habla con ese tono suave y cadencioso que es propio de los mexicanos cultos y tanto contrasta con la estridencia común en este lado de la mar oceánica. Pero además y sobre todo,

maestro, condición que no se gana con la simple transmisión de conocimientos, sino que se adquiere sólo cuando se es capaz de tener discípulos. Una capacidad que requiere sin duda el intelecto y la disciplina necesarios para conocer bien los saberes que se enseñan, pero también una actitud moral que contagia a quienes reciben las enseñanzas y suscita en ellos el deseo de imitar al maestro. Yo vi en el estilo riguroso y modesto de la comunidad de estudiosos que encontré en el Instituto, con algunos de cuyos miembros mantengo desde entonces una buena relación personal, la obra de un maestro.

A través de tus publicaciones y de tu docencia, tus enseñanzas han llegado, sin embargo, a círculos mucho más extensos, y no creo ser el único de nuestros colegas que gracias a tus trabajos de derecho comparado ha logrado situar en un horizonte más amplio y comprender mejor los problemas con los que ha de enfrentarse en el seno de su propio ordenamiento. En lo que me toca, desde luego así ha sido. No sólo me has proporcionado una visión general del juicio de amparo en los países latinoamericanos, sino que, más en concreto, debo a tu análisis comparado del amparo contra resoluciones judiciales en México y en España una perspectiva nueva sobre el problema procesal que implica la distinción entre constitucionalidad y legalidad. Fue ese trabajo que tuviste la generosidad de dedicarme (una distinción que nunca agradeceré bastante) el que me hizo ver que ese problema no tiene su origen en la separación que en el modelo europeo se establece entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, como yo hasta entonces había pensado. Un descubrimiento que, para decirlo todo, me ha llevado a poner en duda la posibilidad misma de la distinción, y su utilidad como instrumento para reducir la carga de trabajo de las supremas instancias judiciales. Quizás ese objetivo sólo pueda alcanzarse concediendo a esos altos tribunales un amplio margen de libertad para decidir los asuntos de los que han de ocuparse. Un camino que ya se ha empezado a transitar en España, con la reforma de la casación y con la “objetivación” del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y en cierto modo también en Estrasburgo, con las sucesivas reformas en el funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pero aunque me gustaría mucho hablar de estas cuestiones contigo, no debo insistir ahora en ellas. Lo que los organizadores me piden es una carta de amigo, no un trabajo doctrinal. Permíteme por ello que la con-

cluya con la breve narración de un episodio trascurrido hace años, pero cuyo recuerdo todavía me emociona. Un episodio en sí mismo banal, pero muy expresivo, me parece, de la generosidad de María Cristina, tu mujer.

Sucedió ahí, en fecha que no puedo fijar con exactitud, pero situada poco antes del día en el que debía celebrarse una elección presidencial. No lo he olvidado porque al comentar con el taxista que me llevaba al aeropuerto el despliegue de propaganda electoral que cubría todos los muros de la ciudad, él me preguntó cuál era el sistema que seguíamos en Europa para elegir a nuestro presidente. Una pregunta que a veces he utilizado para ilustrar la diferencia que existe entre la imagen de Europa que tenemos los europeos y la que de ella se hacen quienes nos ven desde lejos.

El episodio que quiero evocar no es, sin embargo, el de mi conversación con el taxista, sino el que se produjo cuando al llegar al aeropuerto, me encontré con la desagradable sorpresa de que, sin previo aviso, la compañía Iberia había cancelado el vuelo que yo debía tomar y daba informaciones muy vagas sobre la fecha del próximo. Como tampoco había vuelos de otras compañías y no tenía ya la posibilidad de volver al hotel que había dejado, sentí la necesidad de contarle mis penas a alguien y con ese fin llamé a tu casa. Fue María Cristina la que contestó mi llamada y la que, con una generosidad que cabe calificar por lo menos de poco frecuente, decidió tomar de su cuenta el remedio de mis males. Me dijo que ella misma vendría a recogerme al aeropuerto para llevarme a vuestra casa, que ponía a mi disposición hasta que pudiera reemprender el viaje. No recuerdo si cuando vino a recogerme la acompañabas tú; supongo que sí, y que también la oferta de vuestra hospitalidad sería decisión de los dos. En mi recuerdo, es ella la que tomó la iniciativa de darme consuelo y ayuda y a ella (ahora a su memoria) se ha dirigido siempre mi agradecimiento. Tal vez con ello sea injusto contigo, pero estoy seguro de que es ésta una injusticia que sabrás perdonar.

Hasta siempre y (espero) hasta pronto. Un fuerte abrazo.

Fdo. Francisco RUBIO LLORENTE*

* Presidente del Consejo de Estado, España.

Héctor Fix-Zamudio
Investigador Emérito de la UNAM

Recordado Maestro:

Son tantos sus méritos y servicios en favor de la escuela mexicana de derecho procesal que se puede llegar a tener la impresión errada, que es labor sencilla escribirle unas líneas en torno a aquéllos. Antes al contrario, tanta cantera y madera —susceptible de labrar— dificultan la placentera labor. Sea esta misiva sólo una modesta pero sentida apología a algunos de sus muchos rasgos y obras que son fruto de su carrera —a la par de brillante como benedictina— que han formado un sólido suelo aluvional.

Ante la imposibilidad de referirme a la mina de su vida y obra me conformo con tomar sólo unas vetas que siguen filones del noble mineral: su buen saber y su mejor hacer.

Es usted un hombre agradecido con sus mentores académicos. Tal actitud habla mucho y bien de sus íntimas y solventes prendas emocionales. Se ha repetido en demasía, pero la frase es tan sólida que no se desgasta: “Honrar, honra”. Y usted con actos y palabras lo ha hecho con sus preceptores.

Lo considero un hombre afortunado por haber tenido como padre académico al doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y por abreviar del saber de los maestros Castillo Larrañaga y Maldonado Cervantes, pero más afortunados fueron sus mentores al tener en usted a un discípulo dilecto que a su vez ha formado toda una escuela de ilustres juristas. Es usted un verdadero genearca académico que ha sido faro, luz y guía de sus discípulos, de sus alumnos y de sus lectores u oyentes.

Es usted un hombre que ama su profesión. Con gran fruición escuché, en la cátedra magistral de bienvenida a los alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM que usted dictó —la tarde del martes 27 de noviembre de 1990— lo deseable que sería la creación, por el derecho premial

internacional de altos vuelos, del premio Nóbel en materia jurídica como ya se ha hecho en reconocimiento de los aportes a la ciencia de la economía. Esa propuesta nos dice cuán importantes son para usted las contribuciones al mundo jurídico en cualquiera de sus niveles: conceptual, normativo y fáctico. Enhorabuena Maestro por su valiente proposición: Ojalá sea profético.

Es usted un hombre visionario. Merced a sus vastos estudios de derecho comparado ha pugnado y logrado el establecimiento en México de figuras e instituciones tan importantes como los Consejos de la Judicatura o del *ombusman*. Conocí la existencia de esas palabras (y lo que representan) por su voz o por su pluma cuando —entre 1983 y 1987— fui estudiante de la Facultad de Derecho de la UNAM. Años después he visto el nacimiento de estas nobles instituciones en nuestro país.

Por descontado que el estudio del derecho procesal como ciencia, relacionado con acceso a la justicia, en nuestras escuelas y facultades de derecho se debe al esfuerzo conjunto de ilustres procesalistas como usted. Y qué decir de las enormes aportaciones realizadas por su persona a la justicia constitucional, la justicia en materia de derechos humanos, y administrativa en el mundo iberoamericano.

Es usted un hombre que en pos de sus metas ha sacrificado su tiempo y dinero pero nos ha prodigado con su esfuerzo. Vidas como la de usted merecen ser conocidas y reconocidas, pues es sabido que al predicar con el ejemplo ha tomado la mejor vía de la pedagogía: ser congruente entre lo que se piensa, se dice o se escribe, con lo que se hace.

Su servidor debería seguir recorriendo las estepas jurídicas por las que usted ha transitado y trascendido pero es fuerza concluir.

Lo saludo desde mi firme postura de su ávido lector al acecho de su obra. No merezco el título de su discípulo pero sí el de su perenne alumno.

Muy cordialmente

Alberto SAÍD*

* Profesor de materias procesales en la Universidad Panamericana, México.

Mixcoac, Ciudad de México, a 3 de enero de 2007
D. Héctor Fix Zamudio

Muy Querido Maestro:

Más allá de las líneas de reconocimiento que, por justicia y gratitud, escribí en el proemio del artículo que forma parte de esta obra, quisiera relatar y traer a la memoria, aunque sea de manera muy breve, aquel episodio tapatío de las jornadas del Concurso Héctor Fix-Zamudio.

Resulta que por azares de suerte y fortuna llegué a ser uno de los profesores de derecho constitucional de la Universidad Panamericana en Guadalajara. Ahí me encontré un alumnado inquieto, expectante y con una gran capacidad de ilusionarse. Un buen campo para sembrar la semilla noble del derecho constitucional. Las generaciones pasaron y esa semilla fue creciendo y el ánimo desbordándose; había que buscar cauces para la inquietud y razones para el crecimiento. Fue así como surgió, adelantándonos a otras instituciones universitarias con muchos más años en la plaza, la idea de convocar a un concurso interuniversitario —serio, de conocimientos, con exámenes públicos— de derecho constitucional.

Siempre hubo capacidad de trabajo e ideas, el proyecto puso sus primeras piezas, pero cuando verdaderamente fraguó y tomó dimensión fue cuando surgió la idea de enmarcarlo —y llamarlo— Concurso de Derecho Constitucional Héctor Fix-Zamudio.

Se redactó la carta y gracias a la siempre diligente señora Evita, recibimos la respuesta pronta contestándonos que sí a ambas cosas: a que el concurso llevara su nombre y a su presencia para entregar los reconocimientos y compartir en una Conferencia final sus ideas y enseñanzas.

Con la calidez y calidad humana de la gente de esas tierras recibimos a nuestros invitados, y con mucho mimo, principalmente las alumnas, cuidaban los detalles para el invitado de honor y para su esposa. Los gru-

pos de alumnos se alternaban para abrir la posibilidad de tener, aunque fuera en los trayectos, la oportunidad de platicar con quien era el autor de los textos que tantas horas de “codos” les habían supuesto.

Muchos recuerdos y enseñanzas para todos los que fuimos protagonistas de esos episodios. Ahora me toca escribirlo a mí, pero estoy seguro de que quienes lo vivieron y lleguen a leer esta breve carta, compartirán conmigo el valor de esas jornadas, lo que aprendimos de usted, de su inseparable esposa, de los participantes de muy diferentes universidades y coincidirán en que se trató de una aportación seria y auténtica al avance del estudio del derecho constitucional en nuestro país.

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.*

* Profesor de Derecho constitucional y derechos humanos, México.

San José, 18 de julio de 2007
Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional

Presente
Doctor D. Héctor Fix-Zamudio.
Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Nacional Autónoma de México, S.O.

Muy Estimado Doctor Fix-Zamudio:

En el año de 1997, como director de Consultorios Jurídicos de nuestra Facultad de Derecho, Naciones Unidas me concedió una beca para observar el funcionamiento de los Bufetes Populares, atendidos por estudiantes de derecho de la UNAM.

Fui remitido con usted, y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, me atendió con la amabilidad que siempre lo ha caracterizado. Lamentablemente, se había declarado una huelga general en la Universidad, que le demandaba muchas reuniones en la Rectoría, y por ello me encomendó a otras personas que me facilitaran la tarea.

Con el correr del tiempo, tuve ocasión de compartir, más de cerca con usted en diversas actividades oficiales y académicas, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Facultad de Derecho y también en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con la que colaboró desde sus inicios en la década de los noventa, brindándonos conocimiento en seminarios o en reuniones con los magistrados que la integramos.

Muy importante resulta el hecho de que siempre actuó desinteresadamente, poniendo por delante su vocación y generosidad. Como actual presidente de la Sala y también en nombre de mis colegas magistrados, quiero agradecerle la invaluable contribución que nos ha brindado. Su franca amistad, sus enseñanzas, a la par de una calidad humana excepcio-

nal, han sido de enorme beneficio para Costa Rica, pero en particular para nuestro Tribunal Constitucional.

Sea esta ocasión propia para felicitarlo sinceramente, por su fructífera y ejemplar vida dedicada a la investigación y al magisterio del derecho.

De su distinguida consideración,

Luis Fernando SOLANO CARRERA*

* Presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

*Estimado y eminente colega Fix-Zamudio,
Estimado Héctor,*

Es con particular satisfacción que acepto la honorable petición del presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, de escribir un artículo y una carta para los *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*.

Nuestro primerísimo encuentro data del mes de septiembre de 1977, cuando usted era relator general en el primer Congreso Mundial de Derecho Procesal en Gante, el sexto de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

Yo mismo me había propuesto, con ocasión del primer decenio del nuevo Código Judicial belga (1967-1977), invitar a los procesalistas al nivel mundial para discutir sobre los grandes temas de la época en el derecho procesal. La lista siguiente de los relatos elegidos demuestra que, en aquél entonces, se trataba de temas que siguen siendo actuales:

- Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé, Prof. Dr. W.J. Habscheid (Würzburg-Genève).
- Internationales Prozessrecht, Prof. Dr. W. Grunsky (Bielefeld).
- L'administration de la preuve en droit judiciaire, Prof. Dr. G.A. Micheli (Roma) –Prof. Dr. M. Taruffo (Pavia).
- Appellate proceedings, Prof. Dr. J.A. Jolowicz (Cambridge)
- Accessibility of legal procedures for the underprivileged: Legal aid and advice, Prof. Dr. Vittorio Denti (Pavia).
- La Humanización del proceso (I), Prof. Dr. V. Fairén Guillén (Valencia).
- La Humanización del proceso (II), Prof. Dr. A. Gelsi Bidart (Montevideo).
- Accelerating the process of law, Prof. Dr. J. Jacob (London).
- Small claim courts, Prof. Dr. Hans W. Fasching (Wien).

- *Le rôle et la compétence du juge*, Prof. Dr. B. Connen (Paris)
- Selección y nombramiento de jueces, Prof. Dr. H. Fix-Zamudio (Mexico).
- Selección del Ministerio Público en el proceso civil, Prof. Dr. E. Vescovi (Montevideo).
- Jurists and paraprofessionals, Prof. Dr. Yasuhei Taniguchi (Kyoto).

Cuando, en 1976, comuniqué a mi difunto buen amigo Mauro Cappelletti la idea de este Congreso, me dijo que era imposible hacer esto en un año, pero que sí quería ayudar a buscar a unos buenos relatores generales, lo que, a fin de cuentas, es el *core business* para tener un congreso exitoso.

Se contactó con los relatores arriba mencionados, después de que, en Pavia, hubiera podido recibir de nuestro colega, igualmente difunto, Vittorio Denti la documentación necesaria con nombres y direcciones.

Por lo tanto, fue en 1977, en dicho Congreso en Gante, que tuve el honor de darle la bienvenida como relator general y, así, de conocerle.

Recuerdo su relato como un excelente análisis comparativo (basado en catorce relatos nacionales) de la manera en que se seleccionan y se nombran los jueces.

Normalmente, tenía que volver a verle en nuestro XII congreso mundial en la ciudad de México (2003), organizado por nuestro eminente colega mexicano Cipriano Gómez-Lara, que por desgracia falleció inesperadamente después de ese Congreso. La participación activa de usted en ese Congreso era evidente, pero la impidieron unas trágicas circunstancias familiares.

Cuando en Würzburg (1983) dábamos a la Asociación Internacional una estructura más adaptada y unos nuevos estatutos, Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Walter Habscheid y yo mismo fuimos reunidos en una nueva presidencia. Además, se hizo sitio para un Directorio, en el cual usted mismo fue acogido desde el comienzo al lado de otros diecinueve procesalistas de renombre del mundo entero. Juntos, constituyen la columna vertebral de la comunidad internacional que sabe cuidar y mejorar el derecho procesal en su sentido fundamental de la sociedad.

Después del Congreso, se ha visto en qué medida usted quería dedicar sus actividades (académicas, jurisdiccionales, científicas y sociales) al Estado de derecho, tomándose a pecho, entre muchos otros temas, el de los derechos del hombre y el de la protección jurídica constitucional. Llegó al cargo de juez y, durante más de cinco años, fue presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, digno homólogo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Además, hizo un estudio comparativo interesante de esos dos órganos jurisdiccionales internacionales similares.

Pero, sobre todo, es usted el hombre del derecho procesal constitucional, un ámbito del que ha sido el pionero y del que se ocupa desde hace cincuenta años.

La unión del derecho constitucional y del derecho procesal no era ni es evidente.

Desde hace mucho tiempo, el derecho procesal civil pertenece al ordenamiento jurídico privado. Pero esta rama del derecho adquirió tal importancia desde la perspectiva social —*Access to Justice* de Cappelletti provocó un cambio radical— que se han inventado cada vez más garantías constitucionales para garantizar un procedimiento judicial correcto (*fair trial*).

En México, dedicó su primer libro a *El juicio de amparo* (1964) y fue titular de la cátedra *Derecho de amparo*.

Tal como en España, también la Constitución de México ha previsto ese procedimiento muy particular, que raramente encontramos en esta forma en otro sitio.

Se trata de una protección particular de los derechos y libertades constitucionales, al igual que de los llamados derechos del hombre.

Sin duda alguna, le interesará aprender que, en Bélgica, estamos evolucionando en la dirección de un sistema similar. Originalmente, después de la Reforma del Estado (1970), que convirtió a Bélgica en un Estado federal, se buscó un árbitro que se pronunciara sobre la división de competencias entre el Estado y las nuevas entidades. También se ha pensado en la necesidad de proteger los derechos y libertades constitucionales.

Todo eso dio lugar, en 1980, a la creación de la llamada “Cour d’Arbitrage” que, en el fondo, era un Tribunal Constitucional y que, efectivamente, lleva este título desde el 7 de mayo de 2007.

El Tribunal Constitucional es independiente del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Tiene la competencia de declarar nulas las disposiciones legales si éstas son contrarias a la división constitucional de competencias. Tal declaración de nulidad se hace con retroactividad, es decir que, entonces, esa disposición se considera nunca haber existido.

Desde 1988, el Tribunal Constitucional también puede juzgar si las disposiciones legales violan ciertos principios de la Constitución. Se trata del principio de igualdad, de la prohibición de discriminación, de distintos derechos y libertades (relativos a la enseñanza, la vida privada, el trabajo, el alojamiento, la libertad de expresión —“libertad de imprenta”—,....), de quién puede instaurar impuestos y de la protección de extranjeros en Bélgica.

Pueden introducir un recurso de anulación de una disposición legal ante el Tribunal Constitucional:

- El gobierno federal y los gobiernos de las comunidades y regiones.
- Los presidentes de todas las asambleas legislativas, a instancias de dos tercios de sus miembros.
- Cada persona física o jurídica. Sin embargo, éstas tendrán que demostrar que son perjudicadas personal y directamente por la disposición impugnada.

Además, todos los órganos jurisdiccionales pueden plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional si tienen un problema en lo relativo a la violación de reglas de división de competencias o de derechos fundamentales. Entonces, tendrán que esperar la sentencia del Tribunal antes de dictar sentencia ellos mismos.

Desde su creación, el Tribunal Constitucional ya ha dictado gran número de sentencias relativas a textos de ley del derecho judicial y, entre otras cosas, ha anulado muchos artículos del Código porque constituyen una violación de los principios constitucionales de igualdad y de no discriminación.

De esta manera, puede ver, estimado amigo Héctor, que poco a poco también podemos no sólo recomendar en el mundo entero los principios fundamentales de un buen orden del proceso, sino que también los dejamos penetrar en los textos y en la práctica.

Está claro que usted ha contribuido a ello de una manera particular. Por eso, quiero decirle en mi nombre personal y también en nombre de la Asociación Internacional de Derecho Procesal: muchas gracias, Héctor.

Esperando poder volver a verle en Salvador de Bahía, le saluda muy atenta y cariñosamente,

Marcel STORME*

* Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Bélgica.

En el año de 1987 trabajaba como secretaria de la licenciada Patricia Galeana de Valadés, en la Dirección General de Intercambio Académico de la UNAM. Recuerdo que en ese tiempo la profesora Galeana le dirigía la tesis de grado a la señora María Cristina Fierro de Fix (q.e.p.d.).

Una mañana del mes de enero de 1989 tuve la fortuna de encontrarme con la señora María Cristina caminando por el circuito de Ciudad Universitaria, justo enfrente de la Facultad de Economía. Al verme, de inmediato me preguntó si me había ido a colaborar con la maestra Galeana a la Dirección General del Archivo Histórico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, debido a su recién nombramiento. Le comenté que lamentablemente no pude, debido a que me resultaba incompatible debido al horario y distancia.

Nunca olvidaré que fue la señora María Cristina quien le comentó sobre la posibilidad de que pudiera colaborar con usted. En aquél entonces el director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM era el licenciado Jorge Madrazo.

Mi agradecimiento es inmenso por la oportunidad que ha significado estar colaborando con el doctor Héctor Fix-Zamudio durante estos casi veinte años. Su generosidad, bondad, respeto y apoyo que siempre me ha brindado, me hacen ver la gran fortuna de haber trabajado a su lado.

Trabajar cerca de él me ha permitido apreciar sus virtudes. Su vasta producción académica y algo que no siempre tienen las grandes figuras: su humildad, sencillez, su inmensa generosidad y su extraordinaria calidad humana, lo cual se advierte en la manera en que siempre apoya a todos a pesar de que muchas veces está copado de compromisos. Me consta como en ocasiones realiza esfuerzos admirables para ayudar sobre todo a los jóvenes para revisar sus tesis o cuando tienen que concursar para obtener las becas en el extranjero. Siempre dicen que no lo quieren molestar, pero dejan las cosas justamente para el último momento, y a pesar de que esté saturado los escucha y los apoya.

Admiro al maestro Fix-Zamudio por muchas razones. Una de ellas es por el cariño, respeto y calidez con que trataba a su esposa, la señora María Cristina, y la unión que siempre ha mantenido con su familia. Su calidad humana se ve reflejada en el cariño y atención que sus hijos le demuestran a él.

Debo también agradecerle que gracias a su apoyo logré ser mamá de tiempo completo y eso lo considero un privilegio que la vida y él me otorgaron. Su calidad humana siempre se reflejó en mi persona. Recientemente recibí su invaluable apoyo para poder jubilarme de una manera más decorosa, lo cual estoy a punto de lograr. Por eso y muchas otras razones jamás terminare de agradecer suficientemente su comprensión y afecto con que siempre me ha tratado.

Agradezco la invitación que el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor me ha hecho para poder expresar por este medio estas breves líneas que nunca serán suficientes para expresar tantas lecciones de vida que he podido apreciar a través del contacto diario, así como el buen carácter que lo distingue.

Mil gracias

Evangelina SUÁREZ ESTRADA*

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Querido Maestro:

No he tenido la fortuna de ser alumna de usted; sin embargo, tengo la oportunidad de formar parte de su casa académica: la Universidad Nacional Autónoma de México, y de la familia del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

A pesar de no haber cruzado con Usted más que un cordial saludo en las mañanas cuando llega al Instituto, recuerdo la primera vez que fui consciente de haber leído unas palabras suyas, que debo confesar que al recordarlas me emocionan al grado de que de mis ojos broten las lágrimas: “El Instituto de Derecho Comparado y ahora de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que cumple sesenta años de existencia, ha sido mi hogar académico durante cuarenta y cuatro largos años que he vivido intensamente: en sus momentos difíciles y en los de mayor desarrollo. El personal académico y administrativo, que ha aumentado progresivamente, constituye para mí la extensión de mi familia y, por ello, me considero parte de una verdadera fraternidad”.*

Al leer estas líneas tenía poco tiempo de haber ingresado al Instituto y no teníamos la fortuna de contar ya con su cátedra en la Facultad de Derecho, aun así, sus palabras me hicieron sentir con enorme sinceridad y afecto que ingresaba a una familia, donde la mayoría de nosotros pasamos gran parte de nuestro tiempo, pero siempre con la finalidad de que nuestra Universidad, nuestro Instituto, sirva a la comunidad. Desde ese momento comprendí que el personal del Instituto se había convertido en lo que Usted precisamente había ya dicho: “la extensión de mi familia”. También debo decir que al leer algunos fragmentos de su *curriculum* comprendí al académico brillante que hay en Usted, lo comprometido que está con la ciencia jurídica y, por lo tanto, con la sociedad.

* *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 12

La admiración que le tengo es conocida por varias personas en el Instituto. Así recuerdo como una anécdota que en una oportunidad Patricia Rodríguez, que colaboraba en el Departamento de Publicaciones, con la intención de que yo tuviera la oportunidad de conocerle en persona y platicar con Usted, so pretexto de llevar unos documentos, me invitó a ir con ella, pero no me dijo a dónde íbamos, me sorprendió llegar a su oficina y no quería entrar; literalmente “me arrastró”, así fue que entramos y mientras usted revisaba los documentos, conversaba con ella e intercambiaban un par de bromas, simplemente me quedé parada frente a Usted sin poder decir palabra, mientras observaba su franqueza, sencillez, su buen humor para tratar a las demás personas. Al salir, Patricia me “regañó” pues dijo que ni siquiera le pude saludar diciéndole mi nombre; bueno, confieso que fueron los nervios de estar frente a un hombre como Usted, ahora lamento no haberlo hecho.

Al paso de los años he tenido la fortuna de leer algunos trabajos suyos; sin embargo, es ahora, cuando he leído uno de los doce tomos que se están preparando en homenaje a Usted (lo cual agradezco al doctor Ferrer Mac-Gregor y al licenciado Raúl Márquez) que he podido conocer más la persona del Maestro Héctor Fix-Zamudio. Me impresiona, y no dudo que quienes lean estas cartas lo estén también, como tantos seres humanos, reconocidos juristas nacionales e internacionales, seres que han tenido la oportunidad de convivir con Usted más allá del ámbito académico, personas en lugares cercanos y lejanos, con diferentes idiomas y edades, le dedican algunas palabras tan sensibles, llenas de admiración, cariño y agradecimiento.

Gracias querido Maestro por permitirme conocerlo, porque Usted es un ejemplo a seguir en todos los aspectos: humano, personal, académico y profesional.

Con cariño y respeto

Karla Beatriz TEMPLOS NÚÑEZ**

Ciudad Universitaria, verano 2008

** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

*Doctor Héctor Fix-Zamudio
Maestro Emérito e Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
Presente*

Es una gran satisfacción sumarme al reconocimiento y homenaje nacional e internacional que se le hace a usted, a quien se le ha distinguido como un académico excepcional y hombre de bien en el ámbito jurídico, pues sus amplios conocimientos así como la gran calidad en su obra jurídica que ha esculpido con dedicación y cariño, resultado de una vocación profunda y clara por la vida académica. Fix-Zamudio es de aquellos hombres honestos e íntegros que no mienten, que ayudan en lo posible a todo el que ha podido, así como a alumnos que se le acercan y solicitan su orientación para recibirse con el título de abogado; además es bondadoso en su aspecto humano y rígido en el académico, ha impulsado a muchos jóvenes; es modesto, no busca honores ni cargos, inclusive ha rechazado algunos cargos importantes en la vida jurídica, como lo es el de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien trabajó desde 1945 en el Poder Judicial Federal como secretario auxiliar de la Secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y se retiró en 1964 cuando desempeñaba la función de secretario de estudio y cuenta del Tribunal en Pleno de la mencionada Suprema Corte; optó por dedicarse a la investigación de tiempo completo en el Instituto de Derecho Comparado, ahora Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El primer libro que conocí del doctor Fix-Zamudio, cuyo título es *El juicio de amparo*, fue la primera obra que me llamó la atención, puesto que en el año de 1973, yo desempeñaba el cargo de secretario auxiliar de acuerdos en la Secretaría de Acuerdos de la Suprema Corte, y se nos obligaba como una consulta necesaria el libro del doctor Fix-Zamudio, pues era indispensable para desempeñar el cargo que teníamos de proyectista de acuerdos.

El doctor Fix-Zamudio tiene varias obras muy importantes entre las cuales se mencionan: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*; *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*; *Tribunales constitucionales, Metodología, docencia e investigaciones jurídicas (1995)*; *Ensayos sobre el derecho de amparo (2003)*; *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano (2003)*; y una de las más recientes, *El juicio de amparo en el mundo (2007)*.

Su obra jurídica es grandiosa y se divide en cuatro grandes temas: 1) *derecho procesal y de amparo*, 2) *derecho constitucional*, 3) *derecho comparado*, y 4) *enseñanza e investigación jurídicas*.

Grandes son las aportaciones que ha hecho el maestro Fix-Zamudio, pues es uno de los maestros que ha estudiado la estructura del derecho procesal constitucional, desde los planteamientos sobre justicia constitucional, la concepción del juicio de amparo dentro de los principios de la teoría general del proceso, la organización y garantías de los diversos tribunales que integran la jurisdicción constitucional y federal mexicana, hasta la reflexión sobre diversos aspectos del Poder Judicial Federal y el análisis de instituciones como son el Tribunal Constitucional y el *ombudsman*.

Su desempeño como docente se desarrolló desde 1964, impartiendo interrumpidamente el curso de “garantías de amparo”, en la Facultad de Derecho y en la División de Posgrado de la propia Facultad trató diversos cursos como “Problemas procesales de derecho privado”, “Derecho comparado”, “Defensa jurídica de los particulares frente a la administración”, y “Teoría del proceso laboral”.

Nos ha transmitido sus conocimientos a través de conferencias y cursillos en las principales facultades de derecho en México, y en múltiples instituciones de España, Venezuela, Argentina, Brasil, Guatemala, Colombia; así como en congresos nacionales e internacionales, y es miembro de múltiples asociaciones científicas, entre las que se destacan el Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado, el Instituto Español de Derecho Procesal, la Asociación Argentina de Ciencia Política, la Academia Brasileira de Letras Jurídicas, y el Instituto Internacional de Derecho Procesal. Desde 1975 es el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, cargo para el cual fue electo en aquel año, y reelecto, por unanimidad, en 1980.

Mi relación personal con el maestro Fix-Zamudio. Lo conocí en 1974, cuando él impartía la cátedra de las garantías de amparo, y grande fue mi

admiración porque el licenciado Fausto Rodríguez García (mi jefe de oficina), subsecretario de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien compartía con el maestro Fix algunas investigaciones jurídicas, nos transmitía las grandes enseñanzas que recibía de parte del maestro Fix-Zamudio, así como su profunda admiración y respeto que le guardaba, pues el maestro Fausto fue jefe de una generación de pasantes de derecho y abogados que laborábamos con él, y del cual muchos ahora son jueces, magistrados, así como otros desempeñan cargos importantes en el Consejo de la Judicatura Federal, y en el sector público y privado; por lo que le guardamos un recuerdo y afecto infinitos.

Posteriormente mi relación con el maestro Fix-Zamudio se fue acrecentando, pues el doctor Jorge Carpizo estando en España impartiendo un curso de posgrado y doctorado con la cátedra de *Presidencialismo y Parlamentarismo en Iberoamérica*, en la Universidad Complutense en Madrid, le pedí su apoyo a través de una carta, para realizar una investigación jurídica, a lo que me contestó que me acercara al doctor Fix-Zamudio, comentándome que había confianza para pedirle de favor que me orientara en mi investigación, relación que cultivo constantemente y asisto regularmente a los seminarios y congresos nacionales e internacionales que organiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con la participación de maestros de gran prestigio e inteligencia jurídica reconocida; y de esos cursos siempre he observado la gran admiración y profundo agradecimiento que la comunidad universitaria, abogados de diversas universidades, profesan al maestro Fix, cuya obra permanecerá en muchos de nosotros y de las generaciones posteriores de abogados o interesados en conocer su obra jurídica trascendental.

Mis felicitaciones y mi afecto de siempre.

Atentamente

José Juan TREJO ORDUÑA*

Guanajuato, Gto., a 17 de enero de 2008

* Magistrado Integrante del Segundo Tribunal Colegiado Civil y de Trabajo del Decimosexto Circuito, México.

Muy querido y apreciado don Héctor:

Es para mi un honor inmenso poder escribir a mi maestro estas líneas.

¿Qué ha sido en mi vida y creo en la de muchos más?

Un maestro, siempre comprometido, apasionado con los talentos que Dios le dio para compartir los resultados de sus momentos creativos, revelándonos tantos tesoros y como conclusiones, siempre geniales. Siempre vemos que lo hace de la manera más desinteresada, excelente y elocuente, gracias.

Su compromiso con la investigación, la cultura y la educación de los mexicanos y también de muchos extranjeros, lo obligó a renunciar a muchas alternativas en su vida, de eso hemos platicado varias veces con su gran amigo, don Guillermo Guzmán Orozco.

Siendo usted brillante secretario de estudio y cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se retiró de la carrera judicial para dedicarse en cuerpo y alma a la investigación y la docencia.

Tuvo que dejar los tribunales que tanto le gratificaban por dedicarse a su misión, de lo cual tantos resultamos enormemente bendecidos, gracias don Héctor.

Usted es guía para muchos, nos ha enseñado con su honradez pero sobre todo con su pasión y ha tenido una visión que muchos, en la medida de nuestras posibilidades, queremos emular, sólo eso. En efecto siempre nos inspira con su diario y permanente trabajo.

La nueva generación de abogados le debemos que nos descubrió un mundo, cuando el referente eran sólo obras nacionales que, excelentes en su época, estaban superadas y era menester que alguien retomara el camino a la investigación y difusión de tantas riquezas, tal como en su momento lo hicieron los maestros don Eduardo García Máynez, Gabino Fraga, Felipe Tena Ramirez, por señalar solo algunos.

Luego surge la generación de sus discípulos, me parece encabezada por el doctor Carpizo de quien también hemos recibido un gran legado.

Soy uno de sus hijos intelectuales y a mucha honra de tenerlo como papá, de una generación de abogados que intentamos investigar y aportar algo, como sombra y muy limitada emulación a su gran obra, siempre es como la *lege ferenda*.

Al árbol se le conoce por sus frutos y usted tiene muchos.

Gracias don Héctor por todo lo que nos ha dado, lo que nos da y lo que nos seguirá dando, un abrazo de veras con todo el corazón, mi deseo es que el Señor lo siga bendiciendo en unión con su entrañable y querida familia.

Su admirador, siempre agradecido,

Jean Claude TRON PETIT*

* Magistrado de Circuito, México.

Barcelona, 10 junio, 2007

*Excmo. Sr. Prof.
Dr. Dr. H.c. Héctor Fix-Zamudio*

Catedrático de Derecho Procesal,
ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
Premio Justicia en el Mundo
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Nacional Autónoma de México
México, Distrito Federal

Querido Maestro y amigo:

Los excelentes amigos mexicanos me han deparado el honor de participar en el libro de estudios en nuevo homenaje a su ejemplar hoja de vida académica, pero también personal y profesional, que continúan los que se le tributaron en su etapa como magistrado y presidente de la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, en 1988. Me he sumado con toda ilusión a esa tarea, a la que contribuyo con un estudio de urgencia sobre la última y muy reciente reforma de nuestro Tribunal Constitucional, que afecta especialmente a nuestro recurso de amparo. Los estudios que integrarán la obra colectiva serán un exponente de los muchos amigos, discípulos y admiradores con que cuenta en todo el mundo y entre los que, modestamente, me incluyo. No en vano, admirado Maestro, es usted uno de los más preclaros juristas del siglo XX.

Su obra tiene un valor especial para los derechos humanos en todo el mundo. Y tiene una significación singular para los españoles porque constituye un sólido puente jurídico y cultural entre México y España. Un puente que se inicia con sus estudios al lado del profesor Niceto

Alcalá-Zamora y Castillo, del que es usted su más esclarecido discípulo. Las trágicas consecuencias que derivaron de la Guerra Civil obligaron al maestro español a proseguir en la generosa tierra mexicana el trabajo que no pudo continuar en las universidades españolas. Pero, como dijo la Santa de Siena, de los grandes males pueden derivar bienes que pueden ser incluso mayores que el mal del que provienen. Uno de esos bienes derivados de aquéllos males es la extraordinaria comunicación entre la ciencia jurídica mexicana y la española, antes inexistente, que se advierte en todas sus obras, entre ellas en sus ensayos sobre el derecho de amparo, en el volumen de estudios comparativos sobre la protección jurídica de los derechos humanos o el derecho constitucional mexicano y comparado.

Por si su gran obra no fuese suficiente, todos los procesalistas le debemos, Maestro Fix-Zamudio, la creación, con la definición de su ámbito y contenido, del derecho procesal constitucional, como nueva rama, ya florecida, en el viejo árbol del derecho procesal, que a partir de ahora cuenta con una teoría general y con las ramas correspondientes a las especialidades que han ido brotando en el tronco común.

Su personalidad, Maestro Fix-Zamudio, es múltiple y siempre eminente: catedrático de la muy prestigiosa Universidad Nacional Autónoma de México; investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de aquella Universidad, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, presidente de Delegaciones de Naciones Unidas, “Premio Justicia en el Mundo”, conferenciante, prologuista, etcétera. Pero en su caso, Maestro Fix-Zamudio, el hombre de tan importante obra vale aún más que la obra misma, por el ejemplo permanente de su actuación ejemplar, algo que no siempre puede decirse de los científicos ni de los artistas, como hemos podido constatar en muchos casos y en muchos momentos de la historia.

A su lado recordamos siempre, en mi caso con singular emoción, a su excepcional esposa María Cristina, compendio de virtudes cristianas, que vive siempre en el recuerdo de quienes tuvimos el honor de conocerla y estimarla, cuya pérdida puso a prueba su fortaleza moral.

Maestro Fix-Zamudio, tras este bien merecido homenaje, pido para usted larga vida y fuerzas renovadas para que su faro siga iluminando des-

de México los derechos humanos en todo el mundo y para que su obra se refuerce como puente de comunicación jurídica y cultural entre España y el querido México.

Un abrazo muy cordial de su affmo.

José Luis VÁZQUEZ SOTELO*

Barcelona (España)

* Catedrático de Derecho Procesal, España.

Héctor Fix-Zamudio ante la interpretación constitucional

Debo iniciar esta participación con la advertencia de que no pretendo ser un artículo o estudio, sino simplemente un reconocimiento al maestro Fix-Zamudio. Por lo mismo no pretendo agotar toda la obra del maestro en relación a la materia, y menos estudiar la extensa literatura que han generado sus estudios. Básicamente los objetivos son dos: resaltar el tiempo en que se publican sus estudios sobre interpretación constitucional y la ubicación de los mismos en el contexto jurídico mexicano y, segundo, plantear algunas preguntas que me surgen al leer estas aportaciones importantes.

Primero. Recientemente los estudios de interpretación constitucional en nuestro país son bastante numerosos, pero más que esto, muchas de las tesis de posgrado en nuestra Facultad de Derecho de la UNAM versan sobre el tema de la interpretación constitucional. Lo anterior es importante y destacable, dado que el tema ha generado mucho interés y esto anima a los alumnos y estudiosos a adentrarse en la problemática, lo cual genera discusión y nos obliga a centrar mejor los temas y problemas. Lo que deseo resaltar como lamentable es lo siguiente: es común que dichos alumnos y estudios reiteren la escasa bibliografía que sobre el tema existe en nuestro país, de hecho debo declararme culpable de haber hecho esta misma afirmación y no haber leído detenidamente los estudios de Fix-Zamudio. Las teorías modernas nos animan a pensar que nos dedicamos a un tema novedoso y descuidado por los juristas y filósofos en nuestro país. Pero en esta materia, como imagino que en muchas otras, debemos ser más cuidadosos y reconocer las reflexiones que han hecho nuestros grandes maestros y es aquí donde deben ser más valoradas y estudiadas las aportaciones del doctor Fix-Zamudio.

El maestro Fix-Zamudio ya había abordado muchos de los problemas que estos estudios analizan e incluso ha hecho importantes aclaraciones que aún el día de hoy se siguen formulando. Aclaraciones importantes como:

La necesidad de superar la idea del juez como aplicador mecánico de la ley, y cómo esta tradición de la jurisprudencia mecánica o formalismo es propio de la exégesis francesa y su codificación. El mismo Fix-Zamudio resaltó importantes rebeliones contra el formalismo en la interpretación y aplicación del derecho, tales como la alemana y la propia del realismo jurídico norteamericano. El asunto es que la mayoría de los estudios actuales sobre interpretación constitucional en nuestro país intenta alertar sobre la misma problemática de la jurisprudencia mecánica y a su vez pretende forjar una nueva rebelión contra el formalismo, una idea que Fix-Zamudio desarrolló desde 1965. Esto nos obliga a revisar las ideas del maestro y discutir las, dado que creo cada vez más el presentar una rebelión contra el formalismo como idea novedosa genera sospechas y dificultades para ser acogida como idea original.

También los estudios de Fix-Zamudio señalan cómo existe un resurgimiento del derecho natural que le otorga un papel más importante al juez y cómo resulta indispensable reconocer que la interpretación constitucional tiene un importante contenido axiológico. Idea que también suele arroparse con una envoltura moderna y contemporánea que supuestamente no ha recibido la debida atención entre los estudiosos de la materia, pero que Fix-Zamudio introdujo con gran tino y así se adelantó a las nociones del derecho basado en principios, idea que empezó a discutirse de manera importante a finales de la década de los setenta, principios de la década de los ochenta. Esto sólo por mencionar dos ejemplos.

Segundo. No obstante lo anterior, al leer las aportaciones del doctor Fix-Zamudio me surgen algunas dudas en relación a tesis importantes que avanza. No quiero señalar que tengo argumentos concluyentes en relación a estas tesis, sólo quiero ubicar las afirmaciones del doctor Fix-Zamudio con algunas otras preguntas que se han formulado varios teóricos y filósofos del derecho. También en este punto me limito a dos observaciones:

Sostiene Fix-Zamudio que la labor interpretativa legal es distinta a la constitucional porque la primera requiere por parte del intérprete una particular sensibilidad que considera las condiciones políticas, sociales y económicas del momento. Sin embargo, creo que no hay argumentos convincentes para sostener lo anterior. Si la idea es que en la Constitución encontramos esos principios de moralidad a diferencia de los códigos y por lo tanto interpretar estas cláusulas vagas genera mayores difi-

cultades, considero que estas mismas características pueden encontrarse en los códigos y leyes. Es bastante común toparse con principios de moralidad en las leyes y los mismos problemas de vaguedad generan casos interesantes para órganos jurisdiccionales encargados de interpretar y aplicar la legislación. Además, creo que es natural el que dichas circunstancias políticas, económicas y sociales que influyen en la interpretación constitucional estén presentes al momento de interpretar las leyes o códigos que intentan concretizar los elementos plasmados en la Constitución. La cuestión es que pueden ser más interesantes los casos constitucionales y además son más importantes:

Más importantes porque generalmente en ellos se decide definitivamente un asunto, ya no hay instancias superiores de revisión, y por lo mismo a la academia siempre le van a interesar estos asuntos que tienen una trascendencia social y política mayúscula. Pero lo anterior no nos lleva a la conclusión de que existan diferencias entre la interpretación legal y la constitucional, quizá me lleve a alguna clasificación inofensiva, pero necesitamos más argumentos para ver lo atractivo de la diferencia.

Por último y relacionado con el argumento anterior, Fix-Zamudio sostiene que por ser la interpretación constitucional una labor técnica y difícil tienen que ser los jueces los que lleven a cabo la interpretación constitucional. Esta afirmación del maestro se ubica en una problemática de gran actualidad que tiene divididos a importantes filósofos del derecho. La pregunta podría formularse de la siguiente manera: ¿de qué legitimidad goza la judicatura para tener la palabra final en la interpretación constitucional? Sobre todo si analizamos la pregunta desde la perspectiva en la cual decide un cuerpo colegiado —la judicatura— que no fue democráticamente electo, y la respuesta de algunos filósofos del derecho es considerar como más adecuado dejar este tipo de interpretaciones en manos del legislativo. Es el legislativo el que tiene esta legitimidad —legitimidad moral por cierto— dado que sí fue electo de manera democrática y además, a través de una participación importante de nuestros representantes en este tipo de interpretaciones, los ciudadanos podemos decir algo al respecto, nuestra opinión cuenta y debe ser escuchada por los legisladores, a diferencia de la judicatura que no tiene esta responsabilidad y necesidad de rendir cuentas ante el electorado.

El argumento es interesante y digno de ser estudiado cuidadosamente, si seguimos la línea del argumento del maestro Fix-Zamudio y estamos

de acuerdo en que deben tomarse en consideración estos elementos políticos, sociales y económicos en la interpretación constitucional, la pregunta es: ¿serán los legisladores los que mejor puedan llevar a cabo dicho análisis, sin las limitaciones propias de lo jurídico y su forma limitada de analizar los problemas? Considero que vale la pena dedicarle tiempo a esta pregunta y espero que dentro de las importantes aportaciones del maestro Fix-Zamudio se encuentre una que nos proporcione más elementos para su respuesta.*

Juan VEGA GÓMEZ**

* Bibliografía consultada: Fix-Zamudio, H., “El juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM*, t. XV, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25 a 79; Fix-Zamudio, H. y Carpizo, J., “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en Tamayo y Salmorán, Rolando, *La interpretación constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 9 a 58.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Querido Héctor:

Me han solicitado con urgencia los organizadores del libro homenaje que, como testimonio de amistad, gratitud, admiración y respeto quieren ofrecerte, y que, al parecer, ya tienen prácticamente ultimado, una simple carta en la que realice una semblanza de tu trayectoria intelectual. Como es obvio, si en virtud del afecto que te profesó no puedo rechazar la invitación, en razón de nuestra vieja y entrañable amistad no podría perdonarme nunca el no contribuir de algún modo en la publicación. Consciente, sin embargo, de que un escolio precipitado de tu enorme producción bibliográfica tendría por necesidad que ser deficiente en forma y contenido, me parece lo más conveniente enviar la transcripción de la *Laudatio* que tuve el honor de pronunciar con motivo de tu investidura como doctor *honoris causa* de la Universidad Complutense de Madrid. Y ello por la sencilla razón de que en la *Laudatio* se expresa no sólo mi propio testimonio, sino el de cuantos se sumaron con entusiasmo a tu designación como doctor *honoris causa* y que, estoy seguro, hoy se siguen sumando a tu libro homenaje.

Texto de la *Laudatio* del doctorado *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid de Héctor Fix-Zamudio, pronunciada por Pedro de Vega García.

Excelentísimo y magnífico señor rector, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, ilustrísimo Claustro de Profesores, señoras y señores:

Constituye para mí una enorme satisfacción personal como amigo, y representa un motivo de orgullo muy profundo como universitario, pronunciar la *laudatio* del profesor Héctor Fix-Zamudio en esta ceremonia de investidura como doctor *honoris causa* de la Universidad Complutense de Madrid.

Entendieron los romanos la institución de la *laudatio* como una forma de reconocimiento público de las *res gestae* de los hombres egregios. Se proclamaban con ella, en cuanto ejemplos a imitar, las virtudes de los

grandes hombres que marcaban la separación y la distancia entre lo egregio y lo vulgar, lo noble y lo plebeyo.

Llamaron por eso en Roma patricios a quienes, por poseer un patrimonio podían vincular a sus hijos no sólo a sus caudales relictos, sino también a sus propias glorias, hazañas y honores. Los demás, quienes carecían de patrimonio y de grandezas tenían descendientes, pero no herederos. Y fueron a esos descendientes sin patrimonio y sin gloria a quienes los romanos designaron con el nombre de plebeyos y proletarios. Carentes de herederos, ajenos a la gloria e indiferentes a la virtud, los plebeyos terminaban lamentablemente condenados a la más absoluta orfandad. Sin ejemplos que imitar ni valores que defender, los plebeyos, como es obvio, no practicaban la *laudatio*.

Sirvió de este modo la práctica de la *laudatio* no sólo de criterio diferenciador entre los ricos y los pobres, sino de prueba testimonial de la separación entre quienes, integrados en la *civitas romana* como totalidad histórica, participaban de sus valores y de sus gestas, y quienes, considerados injustamente incapaces por su condición social de practicar la idea pagana de *virtus*, quedaban al margen del propio concepto de *populus romanus*, convirtiéndose así en hombres sin pasado, sin presente y sin futuro.

Absurda y desgraciadamente asistimos en la actualidad al olvido, cada vez más peligroso, de las virtudes y valores en los que asentó su grandeza la institución universitaria; de suerte que, despojados los universitarios de nuestra herencia y nuestro patrimonio cultural, nos estamos sumiendo en una menesterosa situación de orfandad que, como a los plebeyos romanos, inexorablemente nos conduce a situarnos en un ámbito que, por olvidar su historia y su pasado, se enfrenta a un presente incierto y a un confuso porvenir.

Es en circunstancias como éstas, de las que en su momento supieron emanciparse los plebeyos de Roma con la llegada de los tribunos, en las que una ceremonia de investidura de doctores *honoris causa* como la que ahora nos acoge, acaso deba interpretarse no sólo como un acto de recuperación de arcaicas tradiciones, sino como la expresión fehaciente del reconocimiento y la reivindicación de las virtudes y los valores que históricamente definieron el patrimonio cultural de la Universidad. La integración simbólica en los Claustros de nuestra Universidad de intelectuales meritorios y científicos ejemplares como doctores *honoris causa*, encierra, en efecto, la singular paradoja de que, ensalzando y distinguiendo las virtudes ajenas, lo que se hace en realidad es reivindicar y consagrar las virtudes propias. Nunca con mejor sentido y con mayor acierto que en ocasiones como ésta, cabe recordar aquel adagio del estoicismo clásico,

formulado por el hispano-romano Séneca, cuando advertía que, “conceder un beneficio a un hombre de honor es en parte recibirlo”.

Desde la urgencia y la brevedad que los acontecimientos imponen a mi condición de oficiante menor en esta ceremonia, intentaré resumir el amplio y abrumador *curriculum vitae* del profesor Héctor Fix-Zamudio resaltando, en primer lugar, su labor intelectual; considerando, en segundo término, su trayectoria universitaria; para terminar, por último, en un ejercicio rápido de audacia, acometiendo la arriesgada aventura de descender, en nombre de la amistad, al terreno de la etopeya.

De la labor intelectual del profesor Fix-Zamudio dan cumplida cuenta más de cuatrocientos trabajos publicados, bien como libros, bien como ensayos monográficos, bien como artículos aparecidos en las más prestigiosas revistas especializadas del mundo. Si sería impropio realizar ahora una simple enumeración de los mismos, mucho más atrabiliario y absurdo resultaría el intento de proceder al escolio de la producción bibliográfica gigantesca con la que el profesor Fix-Zamudio ha ganado justa fama en distintas ramas del saber jurídico. A su reconocida autoridad entre los procesalistas, acompaña la reputación más que notable de la que goza entre los constitucionalistas y entre los teóricos de los derechos humanos. No es por ello casual que la propuesta inicial de su investidura como doctor *honoris causa* de nuestra Universidad, cursada formalmente por el Departamento de Filosofía del Derecho, fuera unánimemente compartida por los Departamentos de Derecho Procesal y de Derecho Constitucional.

Ante la imposibilidad, sin embargo, de pergeñar tan sólo una mínima glosa de sus muchas y ricas aportaciones a la doctrina científica del derecho, no quisiera dejar de mencionar, al menos, por la incidencia que directamente han tenido en la vida jurídico-política mexicana, e indirectamente en la de otros países iberoamericanos, sus estudios sobre la emblemática institución mexicana del amparo, sus investigaciones sobre el Poder Judicial, sus análisis de las garantías constitucionales y de las instituciones que conforman al derecho constitucional como derecho de la libertad, y, sobre todo, sus numerosos trabajos sobre los derechos humanos.

Son estas contribuciones las que le otorgaron en México, y fuera de México, una justa y merecida estimación intelectual, y las que le han valido distinciones, premios, honores y nombramientos de las más dispares instituciones, academias y universidades de América y de Europa. Ni voy a recordarlos todos, ni a realizar siquiera una selección de los mismos. No puedo dejar de recordar, no obstante, aunque con ello hiera su proverbial modestia, en primer lugar, su condición de presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en la medida en que, como presiden-

cia electiva, ha servido para convertir desde 1975 al profesor Fix-Zamudio en la figura egregia del derecho constitucional iberoamericano.

En segundo término, tampoco quiero olvidar su nombramiento —va a hacer ahora veinte años— como doctor *honoris causa* de la Universidad de Sevilla, donde se pusieron de manifiesto, con la instauración de la vida constitucional en España, las vinculaciones entrañables entre los juristas mexicanos y españoles. Protagonizaron aquel acto los profesores españoles Ignacio María de Lojendio y Manuel García Pelayo, y a él asistimos otros muchos que, nuevamente congregados hoy en esta ceremonia, queremos seguir rindiendo un homenaje de admiración y de respeto al profesor Fix-Zamudio.

Por último, obligado resulta reseñar que, sus aportaciones memorables en el campo de los derechos humanos, le llevaron a ocupar cargos tan relevantes como los de juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y miembro titular de la Subcomisión de la Protección y Defensa de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Resultaría inexplicable una obra tan espectacularmente prolífica y científicamente tan meritoria como la del profesor Héctor Fix-Zamudio al margen de la Universidad Nacional Autónoma de México, y dentro de ella, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde forjó su formación como jurista y donde desarrolló su existencia como universitario. Fue en la atmósfera espiritual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, en cuya creación participaron ilustres juristas españoles, exiliados como consecuencia lamentable de la guerra civil, entre los que cabría recordar los nombres de Sánchez Román, Recaséns Siches o Alcalá Zamora, donde, junto a otros no menos meritorios intelectuales mexicanos como Mario de la Cueva, Eduardo García Máynez o Alfonso Noriega, el profesor Fix-Zamudio recibió la impronta que ha llenado de dignidad y de grandeza toda su trayectoria universitaria.

Frente a la ambigüedad averroísta, cada vez más generalizada en los claustros universitarios, consistente en proclamar una ética de grandes principios para someterse luego sin rubor y sin escrúpulos a una vida de comportamientos negadores de los mismos, hizo suya el profesor Fix-Zamudio la vieja identificación socrática entre verdad y virtud, como único procedimiento capaz de resolver la tensión entre la moralidad de los principios y la inmoralidad manifiesta de las conductas, y como la única posibilidad de asentar la *auctoritas* y mantener el prestigio de la institución universitaria.

Incorporó el alma mater, en sus comienzos, como fórmulas inspiradoras de la vida de sus claustros, la del *magister dixit*, procedente de la tradi-

ción pitagórica, o la de hablar *ex Cathedra*, originaria del mundo eclesiástico, con las que, a fin de cuentas, lo único que se quería expresar era que, el fundamento último de la autoridad en las aulas no podía ser otro que el que proporciona el propio conocimiento.

Asistimos, sin embargo, a grotescas degeneraciones de la *auctoritas*. Todos somos conscientes de actitudes de encubrimiento y de aceptación cínica de un panorama, cargado en ocasiones de elementos carnavalescos, en el que se pretende mantener una mistificada *auctoritas* desde la divinización del fingimiento. Es frente a ese tipo de mistificaciones frente a las que la trayectoria universitaria del profesor Héctor Fix-Zamudio adquiere su máximo significado de ejemplaridad.

Para comprender en plenitud ese significado es para lo que, como decía antes, se hace necesario descender a la etopeya. Ya en la clásica *laudatio* de los patricios romanos, no era tanto en las *res gestae*, esto es, en las hazañas y actuaciones de sus protagonistas donde recaía el elogio y se acentuaba la alabanza, sino en la *virtus* y la personalidad de los autores que las realizaban. Veinte siglos después diría Fichte que la clase de filosofía que se sigue y, en definitiva, lo que en la vida se hace, depende siempre de la clase de hombre que se es.

Fiel a la herencia de quienes otrora fueron sus maestros, y en la observancia estricta de la antigua y pagana *virtus* de los estoicos, cristianizada en las cuatro virtudes cardinales de la justicia, la prudencia, la templanza y la fortaleza, ha ejercido su magisterio durante más de medio siglo el profesor Fix-Zamudio en la Universidad Nacional Autónoma de México, revisitando a sus enseñanzas de la aureola de la *auctoritas* que sólo el estudio, el conocimiento, la humildad, la modestia, la sinceridad y la amistad pueden conferir. Son esas virtudes y cualidades que configuran y definen la etopeya personal del profesor Fix-Zamudio, las que me obligan a insertar en esta *laudatio* el recordatorio de la prueba en la que, en definitiva, se sintetiza y justifica la labor docente del universitario. Me refiero, claro es, a los discípulos.

Son muchos los que siguiendo sus enseñanzas y las pautas de conducta por él establecidas ofrecen brillantes carreras universitarias. Baste con mencionar los nombres de Jorge Carpizo, Diego Valadés, Jorge Madrazo, José Luis Soberanes, especialmente vinculados a nuestra Universidad Complutense, y a los que tendría que añadir un largo etcétera. Pero son muchos más, naturalmente, los que alejados de la vida universitaria se vanaglorian en el recuerdo de sus enseñanzas y continúan llamándolo y considerándolo maestro. Ha sido el abigarrado, complejo y multitudinario conjunto discipular al que como inexorable e inapelable Tribunal nos vemos sometidos todos los profesores, el que en distintas ocasiones ha reco-

nocido y proclamado las virtudes que acompañan a la rica personalidad de Héctor Fix-Zamudio, rindiéndole homenajes de admiración y de afecto. Y estoy convencido de que el nutrido número de mexicanos que ahora cursan sus estudios de doctorado en nuestra Facultad y asisten a este acto, serían los primeros en ratificar el sentido de mis palabras.

No quisiera finalizar mi intervención sin constatar una evidencia. Todos somos, queramos o no, tributarios —como decía Ortega— de nuestra circunstancia. Y la circunstancia, en el caso del profesor Fix-Zamudio, se llama María Cristina, quien, como compañera inseparable, acicate permanente y fervorosa creyente en la fuerza de la virtud, no es ajena a la conformación de un carácter al que serían aplicables aquellas palabras de la Oda de Horacio —y con esto termino— cuando decía que “al hombre justo y de principios inmutables, si el universo saltara hecho pedazos, le alcanzarían impávido sus ruinas”.

Pedro de VEGA*

* Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Complutense, España.

San José, 28 de febrero de 2007

Muy apreciado don Héctor:

No puedo dejar pasar el homenaje que se le hace con motivo de haber cumplido cincuenta años de trabajo en el campo de la investigación jurídica, para dejar constancia escrita de uno de los muchos aportes que hizo durante los doce años en que ejerció su mandato como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No me voy a referir a sus aportes científicos en la deliberación y redacción de las sentencias, medidas provisionales y opiniones consultivas en que participó, o las múltiples anécdotas de las que fue protagonista. Mencionaré una contribución suya, desconocida para los que no trabajaron en la Corte Interamericana entre los años de 1986 a 1997, y que fue históricamente fundamental para la consolidación del Tribunal en sus inicios.

Cuando usted asumió su mandato como juez en 1986 y como presidente de la Corte en 1989, los jueces distaban mucho de ser un cuerpo colegiado integrado, en el que las buenas relaciones humanas fueran un factor positivo para cumplir con sus altas funciones. Diferencias de carácter, deseos por ocupar posiciones en la directiva de la Corte o de que sus puntos de vista jurídicos prevalecieran, hacían difícil la marcha del Tribunal en un momento en que se sometían a su consideración los primeros casos contenciosos.

Fue su prestigio de gran jurista, demostrado día tras día en su paso por la Corte, su gran habilidad como conciliador y su peculiar sentido del humor, lo que empezó y terminó acercando y uniendo a los jueces de la Corte, haciendo agradables las sesiones en las que las deliberaciones respetuosas terminaron imponiéndose casi naturalmente, y que convirtió los almuerzos y cenas de los jueces en diálogos jurídicos de alto nivel, en los que también la filosofía, la literatura, la música o la política, en su más alta acepción, formaban parte de las sobremesas.

Quedan estas pocas líneas como testimonio de su gran logro de unir en lo personal, en aquél entonces, a los jueces de la Corte, hecho que fue fundamental para consolidar el órgano jurisdiccional que protege los derechos inherentes del ser humano en las Américas, y que muy pocos conocen.

Manuel E. VENTURA ROBLES*

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica.

*Doctor Héctor Fix Zamudio
Muy querido Maestro:*

Al momento de escribir estas líneas vienen a mi mente recuerdos y emociones. El espacio disponible y mi incapacidad para traducir los sentimientos en palabras me impiden expresar a plenitud lo que quisiera decirle.

Cuando evoco su imagen viene a mí la idea de un hombre extraordinario. No sólo por sus enormes logros académicos que le han ganado un reconocimiento universal, en el sentido más amplio del término, y sobre los cuales sería ocioso insistir en este momento, en el que una obra colectiva monumental es constancia de su grandeza intelectual. Sino la muy poco común unión entre esa grandeza intelectual con los valores que lo distinguen como un ser humano excepcional.

Lo conocí hace más de dos décadas, siendo yo estudiante del doctorado en la UNAM. Recuerdo que mi decisión de estudiar el posgrado en la Universidad Nacional fue motivado, en gran medida, por la posibilidad de ser su alumno en la materia de Poder Judicial. Ya se imaginará mi desilusión, cuando me enteré que, por aquella época, usted había solicitado licencia y no impartiría clases en el doctorado.

Yo, como casi todos los estudiantes de ese tiempo, había recibido mis primeras lecciones de amparo a la luz de la corriente dominante en México. Pero había tenido la inquietud de estudiar por mi cuenta sus libros y artículos, y empezar así, a abrir mi mente al derecho procesal constitucional y al derecho comparado.

El que usted no impartiera clases de manera formal no me desanimó del todo, y me propuse conocerlo personalmente. Me presenté un día, sin más, en su oficina, y lo primero que me sorprendió fue su sencillez y generosidad. Me dedicó su tiempo para conversar conmigo sobre cualquier tema por el que tuviera inquietudes. No sólo eso, sino que aceptaba ir a comer conmigo y pasar horas enteras de plática, para mí de lo más enriquecedoras.

Esa generosidad es uno de sus rasgos más característicos. Siempre está dispuesto a atender a todo el que lo requiere, sin distingo alguno por cargo, edad o nivel económico. De manera especial, se entrega desinteresadamente a cualquier estudiante que se acerque en busca de consejo u orientación. Soy un beneficiario de esa práctica.

Después me distinguió con su amistad y tuve la oportunidad de conocer a una mujer maravillosa, su compañera de toda la vida, doña María Cristina, a quien hoy recuerdo emocionado.

A lo largo de estos años he admirado su sentido humanista, su compromiso con la justicia y los derechos humanos, su integridad, humildad, honorabilidad y cultura universal.

Sirvan estas líneas, querido Maestro, como un modesto testimonio de cariño, gratitud y admiración por todo lo que tantos hemos recibido de usted.

Un fuerte y entrañable abrazo,

Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA*

* Catedrático de la Escuela Libre de Derecho; vicepresidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México.

PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

Gonzalo M. ARMIENTA CALDERÓN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El proceso y el procedimiento: conceptualización y distinciones doctrinales*. III. *Los procesos y procedimientos constitucionales conforme a la doctrina*. IV. *Colofón*.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo del derecho constitucional, y particularmente en el constitucionalismo moderno, se viene dilucidando desde hace ya tiempo una cuestión que ha dejado en mayor medida una impronta: el procesalismo constitucional.

Este tópico tramonta fronteras y no se ha quedado inmerso en un solo espacio donde se desenvuelva. Varía en cuanto a las formas que adoptan los sistemas jurídicos de cada país; sin embargo, el objetivo que se busca con los distintos paradigmas es el mismo: la defensa de la Constitución y, con ello, la protección de los derechos humanos.

Para ello, un sinnúmero de tratadistas han realizado grandes esfuerzos, con el fin de aportar, a ese ámbito de la teoría, sus más valiosos pensamientos. Así, han incursionado en el ancho mundo de la doctrina y se pronuncian algunos tratadistas de la talla de Carl Schmitt, Hans Kelsen, Ferrer Mac-Gregor, Vanossi, García Belaunde y, en especial, nuestro dilecto y entrañable amigo: Héctor Fix-Zamudio, jurista ideólogo mexicano que, con sus pensamientos sumamente relevantes, allende los espacios

* Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal.

de la doctrina jurídica nacional y se planta en el foro internacional al hacer sus comentarios sobre distintas áreas de la ciencia jurídica, dentro de los cuales no escapa el tema que nos ocupa.

Algunas de las instituciones que surgen de la *teoría del procesalismo constitucional*, y aunque propiamente no todas pueden considerarse verdaderos procesos, sino procedimientos, serán objeto de nuestro estudio en lo subsiguiente —aunque, hay que decirlo, de manera muy superficial en tanto que para desarrollar en su totalidad cada uno de los temas referidos a los tipos de procesos y procedimientos de carácter constitucional sería necesario elaborar una obra por cada uno, lo cual queda fuera de la órbita de desenvolvimiento del presente trabajo—. Dichas figuras son: el juicio de amparo; el *habeas corpus*; el *habeas data*; la cuestión de inconstitucionalidad; el control previo de la constitucionalidad de leyes o tratados internacionales; los conflictos competenciales y de atribuciones entre órganos o poderes del Estado (las controversias constitucionales); el control abstracto de la inconstitucionalidad de las leyes (las acciones de inconstitucionalidad); la inconstitucionalidad por omisión; procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el juicio político; procedimiento no jurisdiccional para la protección de los derechos fundamentales (*ombudsman*); y por último, los procesos constitucionales en materia electoral.

Cabe señalar que no todos los tópicos que se manejan aquí son propios de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, por formar parte del procesalismo constitucional de otros sistemas jurídicos, de distintas latitudes, haremos referencia a ellos al desarrollarlos en su momento.

Aunado a todo ello, por considerarlos temas de relieve para los efectos de este ensayo, como preámbulo desarrollaremos, *grosso modo*, los temas del proceso y el procedimiento. Ello, por un lado, derivado de la aseveración anterior hecha de nuestra parte, respecto de cuáles son las instituciones, objetivo central de nuestro estudio, que pueden constituir una u otra figura; por otro, en virtud de las posturas doctrinales emitidas, en cuanto a la distinción que hacen al respecto, y asimismo, con el ánimo de desentrañar su significado.

Especificadas las coordenadas y los derroteros en los que nos habremos de enfocar, permítasenos introducirnos al desarrollo del estudio que con beneplácito hemos aceptado.

II. EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO: CONCEPTUALIZACIÓN Y DISTINCIONES DOCTRINALES

Como se habrá notado, el tema que nos ocupa se ha denominado “Los procesos y procedimientos constitucionales”. En ese ánimo, consideramos pertinente, antes de entrar al desarrollo de las instituciones relacionadas con los medios de control constitucional en sí, adentrarnos a lo que los estudiosos del derecho procesal han entendido por procedimiento y proceso.

Estos conceptos aunque tienen mucha relación, uno respecto del otro, encierran cuestiones distintas. La teoría general del proceso los desarrolla con gran acierto y nos explica con suma contundencia sus significados.

Así pues, veamos algunas corrientes que nos darán un acercamiento a la conceptualización de ellos. Primero, al procedimiento y, posteriormente, al proceso.

1. *El concepto de procedimiento*

Una vez desarrollado el tema atinente al concepto del proceso, veamos pues qué nos dicen los distintos autores acerca de otra figura que, al igual que aquélla, es de relieve para la teoría general del proceso. Me refiero al concepto de procedimiento.

En un determinado momento de la historia de la teoría general del proceso se llegaron a confundir tanto estos tópicos, que hasta hubo un espacio de tiempo en que sólo fue utilizada la palabra procedimiento, para referirse a lo que hoy unánimemente la doctrina denomina como proceso.

Así nos lo muestra el dilecto estudioso del derecho procesal, José Ovalle Favela, cuando nos enseña: “Con cierta frecuencia, las expresiones juicio, procedimiento y proceso se utilizan como sinónimos. Sin embargo, estas expresiones han correspondido a etapas diversas de la evolución del derecho y de la doctrina procesal... y, aunque con ellas aparentemente se designa el mismo fenómeno, se debe advertir que tienen un significado histórico, cultural y doctrinal diferente”.¹

¹ *Teoría general del proceso*, México, Harla-UNAM, p. 171.

Al respecto, efectúa un acucioso estudio y desarrolla los conceptos mencionados. La palabra juicio —nos dice— se deriva del latín *iudicium*, que constituía, en el derecho romano, la segunda parte del proceso, y se desenvolvía ante el *iudex* (juez); pero que posteriormente cambió la ideología en Europa, referente al derecho común, y se llegó a caracterizar porque conformaba ya no sólo una parte sino todo el proceso. Por otro lado, se refiere al concepto del proceso, cuya figura sentó sus bases en la doctrina del derecho canónico, en los albores del siglo XVI, en tanto que de ahí surgieron ideas para sustituir a la anterior *Iudicium* por la de *processus*, *processus iudicii* y *processus iudicialis*, todas ellas de origen latino. Finalmente, comenta, se llegó a hacer uso de la expresión *procedimiento judicial* como sinónimo de proceso; esto durante la época en la cual tuvo su mayor auge la codificación napoleónica y el procedimentalismo, cuyos sucesos acaecieron alrededor del siglo XIX y al inicio del siglo XX.²

Jaime Guasp hace alusión a esta distinción entre dichos conceptos, al adentrarse al estudio de la figura del proceso; y así, nos dice:

En todo proceso hay, pues, un procedimiento. Pero uno y otro concepto no se identifican. Existen procedimientos no procesales; así, por aludir a las funciones de los restantes poderes estatales, procedimientos legislativos y procedimientos administrativos. Por otra parte, en el proceso —dentro del ámbito del Poder Judicial, agregaríamos nosotros— el procedimiento sólo es la forma extrínseca de manifestarse la figura, no su verdadera e íntima sustancia.³

Asimismo, desde la óptica terminológica, desarrolla el significado del proceso para explicar las distintas formas de concebirlo; pero con ello indica la distinción respecto de procedimiento, y aunque es partidario de que la palabra en sí no resulta inexacta, tampoco hace una apología esgrimiendo argumentos en los cuales nos diga que sea perfecta. Por ello, dice, en un primer momento, que la institución del proceso se deriva de procedimiento; pues parte de considerar un sin fin de sinónimos, provocada, a su vez, por una imperfección léxica de suyo complicada, por lo cual no es muy bien desarrollada teórica ni prácticamente. En esa virtud,

² *Ibidem*, p. 172.

³ Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, t. I: *Introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 33.

elabora dos corrientes en las que visualiza las denotaciones posibles, a saber:

1) Aquellas que surgen en sustitución de la de proceso, relativas al contenido procesal. Por un lado, negocio y juicio; por otro, litis o litigio. En el primer grupo, donde encuadra al proceso, asimilándolo a juicio, desprende la palabra *cuestión*. En el segundo, donde asemeja al proceso como litigio, encasilla a las palabras *contienda*, *controversia* y *contestación*.

2) Las que atañen al rito, al protocolo de su desarrollo: *procedimiento*; y a su materialización exteriorizada: pleito, causa, etcétera.⁴

González Pérez,⁵ al desarrollar el tema de “la pluralidad de los actos procesales”, explica magníficamente al procedimiento, haciendo la distinción entre éste y el proceso. Así, manifiesta que el estudio de la diversidad de actos que conforman al proceso implica forzosamente el estudio de aquél. De ahí su postura sobre el procedimiento, pues indica que éste no es un concepto ubicado únicamente en el derecho procesal, sino más bien en la teoría general del derecho.

Más específicamente, y refiriéndose por completo al procedimiento, nos dice que éste puede existir siempre y cuando se den tres supuestos, a saber:

a) Que cada uno de los actos combinados conserven íntegra su individualidad... b) Que la conexión entre los actos radique en la unidad de efecto jurídico. En el procedimiento, todos los actos están encaminados a producir un efecto jurídico, que es lo que les da unidad. c) Que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de tal modo que cada uno supone al anterior y el último supone al grupo entero.⁶

Esta idea nos hace suponer en términos generales, por lo que se refiere a los actos desarrollados dentro del ámbito jurisdiccional, aplica para lo que la doctrina del derecho procesal indica sobre la serie de actos proyectivos y concatenados —que constituyen los procedimientos— y así,

⁴ *Idem*.

⁵ *Derecho procesal administrativo mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1998, p. 207.

⁶ *Ibidem*, p. 8.

una vez desarrollados cada uno de ellos hasta el último, es cuando se da paso ya al todo lo que la doctrina define como proceso.

Por su parte Cipriano Gómez Lara hace una excelente disertación en relación al proceso y el procedimiento, como temas de relieve para la ciencia procesal, y al efecto nos comenta:

Los términos proceso y procedimiento se emplean con frecuencia, incluso por procesalistas eminentes, como sinónimos o intercambiables. Conviene, sin embargo, evitar la confusión entre ellos, porque si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso.... El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional positiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí, por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo.⁷

Otra nota plausible que nos otorga el dilecto maestro, con lo cual nos permite dejar más claro lo que aquí queremos esbozar respecto del procedimiento —únicamente por lo que se refiere a él en el ámbito jurisdiccional— resulta de la idea de considerar que el procedimiento adquiere su naturaleza o matiz procesal, cuando deriva del proceso, cuyas características más notables dentro del mismo, consisten en tener dentro de su desenvolvimiento la proyectividad que identifican a todo los actos que se efectúan en él.⁸

La mayoría de autores coinciden en la distinción que se hace respecto de una y otra figura. Así, consideran que el procedimiento surge del proceso, en tanto que éste para su desenvolvimiento siempre debe contener un cúmulo de aquéllos, a lo cual nosotros nos adherimos; pero forzosamente tienen que estar concatenados, es decir, deben de dar prosecución ordenada y sistematizada, no estar aislados hasta el último acto que se desarrolle dentro del mismo, lo cual configura la resolución que pone fin al litigio.

Vayan pues estas pequeñas líneas, con la finalidad de dar paso al tema de los procesos y procedimientos constitucionales, que esperamos sirvan

⁷ *Teoría general del proceso*, 8a. ed., México, Harla-UNAM, 1990, p. 290.

⁸ *Ibidem*, p. 291.

de apoyo para deducir a cuáles debemos entronizar en la primera institución o, por el contrario, a cuáles en la segunda.

2. *Posturas doctrinales que desarrollan al proceso.*

*Estudio de su naturaleza jurídica como punto de partida*⁹

Encontrar el significado de proceso no solamente atañe a los aspectos teóricos, pues no pueden negarse sus indudables efectos prácticos, como reconoce Hugo Alsina al establecer que “no se trata de meras especulaciones doctrinarias, sino de gran importancia práctica, porque partiendo de puntos distintos se llega a conclusiones diferentes, que inspiran luego los distintos sistemas legislativos”.¹⁰ Así, elabora cuatro teorías, a saber: 1) *la teoría contractualista*; 2) *la teoría de la relación jurídica*; 3) *la teoría de la situación jurídica* y, 4) *la teoría de la pluralidad de relaciones*. A éstas las denomina como *soluciones fundamentales*.

Por otro lado, Jaime Guasp¹¹ enseña que para llegar a la conclusión de lo que significa el concepto de proceso, debe desentrañarse primeramente su esencia, encontrarse su *naturaleza jurídica*. Por ello, si se logra definir este aspecto, sería como determinar “la categoría jurídica a la que el proceso pertenece, esto es, la calificación del proceso dentro del cuadro común de figuras que el derecho conoce”.¹² Así, desarrolla una clasificación derivada de las teorías existentes en las que trata de encontrar la naturaleza jurídica del proceso, a saber: por un lado, *las teorías contractuales*, dentro de las cuales ubica la teoría contractual pura y la teoría cuasicontractual; y por otro, *las teorías de la relación jurídica*, de éstas se desprende, a su vez, la teoría de la situación jurídica procesal y de la institución jurídica procesal.¹³

⁹ Este tema, en su mayor parte y con algunas leves modificaciones, lo retomamos de mi obra *Teoría general del proceso* a la cual nos remitimos. Véase acápite del proceso.

¹⁰ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I: *Parte general*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, p. 239.

¹¹ *Derecho procesal civil*, t. I: *Introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios*, cit., nota 3, p. 33.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, pp. 34-38.

Desde la perspectiva de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹⁴ el pensamiento de Oskar von Bülow en 1868 establece una clara división en la clasificación de las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso. Antes de Von Bülow se clasificaban —nos dice— como *teorías privatistas*, a partir de él aparecieron las *teorías publicistas*. Ubica las teorías contractualista y cuasicontractualista, en las primeras; y a las teorías de la relación jurídica y situación jurídica, respectivamente, entre las segundas. Empero, asume la postura de que la solución a la problemática de la naturaleza jurídica del proceso podría llevarse a cabo fusionando las teorías que surgen, a su vez, de las teorías publicistas.

Humberto Briseño Sierra, en su magnífica obra denominada *Derecho procesal*,¹⁵ expone un sinnúmero de teorías, dentro de las cuales menciona a las teorías contractuales y a las cuasicontractuales, bajo la denominación común de doctrinas empiristas; asimismo, aquéllas otras a las cuales clasifica propiamente como “la corriente teorizante”. Incluye, dentro de esta última, a la teoría del proceso como serie de actos proyectivos. De ella nos haremos cargo más adelante.

A. *Teorías principales*

A continuación intentaremos caracterizar las cuatro corrientes principales de este primer grupo.¹⁶ Su preferencia obedece a que todas, las cuatro, se hayan presentes, con más o menos matices, en los diversos estudios de derecho procesal.

Así tenemos, indefectiblemente, a la teoría contractual, la cuasicontractual, la de la relación jurídica procesal y la de la situación jurídica procesal. En ese orden de ideas las vamos a exponer.

Teoría contractual. Esta teoría tiene sus raíces en la figura de la *litis contestatio* del derecho romano; supone la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes —actor y demandado— con las característi-

¹⁴ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 1a. reimp. de la 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 120.

¹⁵ Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, México, Cárdenas Editores, 1969, v. III, pp. 5-116.

¹⁶ Debemos apuntar la existencia de muchas más de ellas; sin embargo, nos concretamos al estudio de estas cuatro por ser las más representativas de cuantas se han elaborado al respecto.

cas de un contrato en el que se establecen los puntos litigiosos y del cual emana, al mismo tiempo, el poder decisorio del juez. Jaime Guasp nos caracteriza al proceso como un complejo de vínculos que “nacen, en general, del consentimiento de los sujetos del proceso, especialmente del de las partes, acerca de un objeto común”.¹⁷ Como podemos observar, la naturaleza jurídica del proceso, desde la perspectiva contractualista, radica, a su vez, en la naturaleza de los vínculos contractuales.

Teoría cuasicontractual. La teoría que pretende encontrar la naturaleza jurídica del proceso en un cuasicontrato, surge en aras de dar respuesta a las múltiples objeciones formuladas a la tesis contractualista. Una y otra tienen su origen en el derecho romano. Luego, si aceptamos la insuficiencia de la tesis contractual, en razón de que el citado acuerdo o consentimiento de las partes no puede, en modo alguno, calificarse como libre, pues el demandado generalmente concurre al proceso contra su voluntad, induce a invocar la existencia, bajo este esquema, de un acto unilateral reputado como cuasicontrato. Sin embargo, esta postura fue aceptada en su momento, a falta de una tesis más acabada.

Teoría de la relación jurídica. Es Oskar von Bülow su primer expositor. En virtud de ella, la ley se constituye en fuente de la que emanan derechos y obligaciones procesales para las partes y el juzgador, pues, como sostiene Alsina, la actividad de unas y otro está regulada por la ley. Couture reafirma este aserto, cuando enfatiza categóricamente: “el proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley... El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin”.¹⁸ El proceso, entonces, surge de una relación de carácter procesal entre los que intervienen en él, creando derechos y obligaciones para cada uno de ellos, que, sin embargo, tienden al mismo fin: la actuación de la ley.¹⁹

Teoría de la situación jurídica. Esta teoría surge como una crítica a la teoría de la relación jurídica pues, en principio, niega a aquélla. Su principal expositor es James Goldschmidt. Para este autor, el proceso no es una relación jurídica entre las partes y el juez, sino una situación jurídica derivada, a su vez, de un complejo de posibilidades, cargas, liberación de

¹⁷ Guasp, Jaime, *op. cit.*, nota 3, p. 34.

¹⁸ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed. póstuma, Buenos Aires, Depalma, pp. 131 y 132.

¹⁹ *Cfr.* Alsina, Hugo, *op. cit.*, nota 10, p. 241.

cargas y expectativas, que se atribuyen a los sujetos que en él intervienen. Niceto Alcalá-Zamora, en la *Advertencia preliminar* a su obra, nos trasmite el pensamiento de este pionero del procesalismo científico:

...el proceso no puede seguir siendo considerado como una relación jurídica, sino como una *situación de derecho*. Y ¿qué es, en definitiva, esa *situación jurídica*, categoría incorporada a la ciencia procesal por Kohler? Pues, en síntesis, según la definición de Goldschmidt, *el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes*. O en otros términos: que los *derechos y obligaciones* inherentes a la idea de *relación jurídica* son reemplazados por esas expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas, integrantes de la *situación de derecho*.²⁰

Es decir, intentadas y exploradas las posibilidades y cumplimentadas las cargas, se origina un estado jurídico concreto en el cual se ubican los sujetos procesales, trascendiendo las meras relaciones que entre ellos pudieran trabarse, para constituir situaciones jurídicas, en una concepción estática del derecho.

B. Otras teorías

Además de las teorías ya apuntadas, existen otras tres que con sus propios matices pretenden explicar la esencia del proceso. Me refiero a las que se determinan bajo las siguientes denominaciones: el proceso como entidad jurídica compleja; el proceso como institución, y el proceso como serie de actos proyectivos.²¹

a) *El proceso como entidad jurídica compleja*. Foschini desarrolló la idea del proceso como una entidad jurídica de carácter unitario y complejo.

La particularidad más característica del proceso, se dice, es la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí. Esa tendencia ad-

²⁰ Véase Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. VII.

²¹ La primera se desarrolla por Foschini; la segunda es fruto de los esfuerzos académicos de Jaime Guasp, con raíces en Hauriou; en tanto que de la última es autor Humberto Briseño Sierra.

vierte que la pluralidad de los elementos puede examinarse desde un punto de vista normativo; en tal sentido, el proceso es una relación jurídica compleja. Puede, asimismo, examinarse desde el punto de vista estático; en tal sentido es una situación jurídica compleja. Y puede, por último, ser examinado desde el punto de vista dinámico, por cuya razón se configura como un acto jurídico complejo.²²

No obstante, nos dice Couture, esta tesis es de fácil refutación por cuanto es una verdad axiomática que el proceso constituye un complejo jurídico. Por supuesto que es un entramado complejo; en todo caso,

...la inquietud científica consiste en proceder por sucesivas descomposiciones y reconstrucciones, a aislar elementos y coordinarlos de nuevo para volcarlos luego en una gran unidad de la ciencia. La preocupación de este tema consiste en aislar cada uno de los elementos del proceso (partes, actos, autoridades, formas), determinar su función (declaración o producción jurídica), sus fines (seguridad, pacificación), etc., por virtud de un esfuerzo metódico reconstructivo, para implantar todos esos elementos en el vasto sistema del derecho y de la ciencia.²³

Ahí reside la científicidad y, en todo caso, la sistematización de los principios, instituciones, categorías y normas de carácter procesal, más que en la mera declaración de la complejidad del proceso o de manera más amplia, de la ciencia.

b) *El proceso como institución.* Esta teoría se debe a los publicistas franceses Hauriou, Renard, Delos y Gurvich. A esa influencia, Jaime Guasp la clasifica como una variante de la teoría de la relación jurídica.

La tesis de la institución ha sido, de la misma manera que las anteriores, refutada por la doctrina procesal. Couture sostiene que el vocablo y aun el concepto de *institución* (el proceso como tal) “no son de los que convienen al lenguaje de la ciencia jurídica procesal”.²⁴

El proceso visto así equivale a un instituto, lo mismo que a una creación u organización. Así también, como lo enseña Couture, constituyen

²² Foschini, “Natura giuridica del processo”, *Riv. D. P.*, 1, 1948, p. 110, citado por Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil, cit.*, nota 18, pp. 139 y 140.

²³ Couture, *op. cit.*, nota 18, pp. 140 y 141.

²⁴ *Ibidem*, p. 142.

instituciones la familia, la empresa, el Estado, entre otros. En esta elemental acepción, podemos decir que

...el proceso es una institución: un complejo de actos, un método, un modo de acción unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin... pero a partir de ese instante comienzan los equívocos... Consideramos hoy nuestro deber subrayar, apenas, que el vocablo institución sólo puede ser utilizado en su primera acepción... que no excluye la concepción del proceso como relación jurídica.²⁵

c) *El proceso como serie de actos proyectivos*. La teoría que concepe-túa al proceso como una serie de actos proyectivos ha sido desarrollada por Humberto Briseño Sierra. En principio, refuta la teoría institucional del proceso por considerarla impropia, en razón de que aquélla no pasa de ser una mera definición descriptiva de lo que debe entenderse por proceso. Aún más, el proceso está constituido por un conjunto de actos ordenados que se concatenan de manera lógica y proyectiva, es decir, la existencia de uno está condicionada a la existencia del anterior y del consecuente. De ahí que adelante una primera aproximación: “el proceso es un compuesto, luego su determinación viene de los elementos que lo integran y de la manera que lo hacen: su estructura”.²⁶

Al efectuar un análisis de los elementos de la definición por él propuesta, indica que el vocablo proyectivo alude a la instancia única que, partiendo de un sujeto, llega hasta otro a través de un tercero; refiere al acto como el resultado positivo de una conducta exteriorizada en un cierto sentido, y describe a la serie como el avance o retroceso graduado por unidades, no debiéndose entender por serie a un conjunto simplemente, sino a un conjunto dinámico, esto es, progresivo.

“Así pues, *sigue señalando*, cuando se conectan los términos: actos, de significación común, serie de significación corriente, y proyectivos de sentido técnico convenido arbitraria pero verificablemente, el producto es una definición que tiende a abarcar cuanto fenómeno pueda recibir la denominación de proceso. Sólo proceso, ni más ni menos”. Asevera categóricamente Briseño Sierra.²⁷

²⁵ *Ibidem*, pp. 143-145.

²⁶ Briseño Sierra, *op. cit.*, nota 15, p. 112.

²⁷ *Idem*.

III. LOS PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES CONFORME A LA DOCTRINA

Como ya lo habíamos referido en el apartado de la introducción de este ensayo, el tema que nos ocupa es el relativo a todas aquellas instituciones que, según la doctrina, emergen como procesos o procedimientos de carácter constitucionales.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la denominación exacta que ha de darse a la rama del derecho donde se circunscriben estos tópicos. Ya sea porque se trate de una sola rama del derecho o si por el contrario se trata de dos ramas distintas. En un sentido se le ha llamado derecho procesal constitucional, y en otro, derecho constitucional procesal. En la primera se encuadran tratadistas como Jesús González Pérez²⁸ y Domingo García Belaunde;²⁹ y en la segunda, a autores como Héctor Fix-Zamudio.³⁰ No haremos alusión aquí de los criterios que han adoptado para llegar a llamar así a esa rama del derecho, porque quedan fuera de la órbita de este artículo; sin embargo, no queríamos dejar de mencionarlo en tanto que paralelamente es una cuestión relacionada con el tema abordado en el mismo. Así pues, bástenos, por ahora, saber que existen esas posibles denominaciones, y aun más, que hay otros criterios circunscribiéndola en un plano intermedio o mixto como lo hacen Néstor Pedro Sagüés y María Mercedes Serra.³¹

²⁸ Juan Carlos Hitters hace esta aseveración en su ensayo “El derecho procesal constitucional”, publicado conjuntamente en la obra de *Derecho procesal constitucional*, coordinada por el doctor Eduardo Ferrer Mc-Gregor, publicada en México y coeditada por Porrúa y el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de justicia de la Nación, 2002, t. I, p. 275.

²⁹ Hacemos referencia de él como partidario de la denominación derecho procesal constitucional, en cuanto a que en su obra *Derecho procesal constitucional* nos dice: “la tesis procesal es, a nuestro entender, la más acertada de todas; la más moderna y la que debe encarrilar los aspectos instrumentales de la disciplina. Es ésta la que tiene mayor predicamento, y a ella le pertenece el porvenir”. Bogotá, Temis, 2001, p. 9.

³⁰ García Belaunde, en su obra mencionada en la nota al pie anterior, citando a este autor nos dice que él es el precursor de esa denominación a esta rama, en el capítulo “Otra posibilidad”. *Ibidem*, pp. 8, 9 y 10.

³¹ En el mismo orden de ideas de la nota al pie que antecede, se encuentra a los autores mencionados aquí, respecto de que es también García Belaunde, quien aduce que ellos han elaborado la tesis mixta del derecho procesal constitucional. *Ibidem*, p. 9.

No obstante lo anterior, nosotros coincidimos con Fix-Zamudio³² y hacemos nuestra propia conclusión en el sentido de que se parta de la base del derecho constitucional procesal, pues los postulados del derecho procesal quierase o no, se encuentran en la Constitución misma, de ahí que exista esa denominación, como él lo sugiere al comentar sobre estas dos vertientes: el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal. Así, nos hace alusión a las directrices en las cuales se desarrolla esta última.

Demos paso pues, a ver cada una de las instituciones que nos ocupan este trabajo, partiendo en primer término de aquellas figuras que, aunque no todas se encuentran o se desarrollan exactamente igual en nuestro sistema jurídico, sí los podemos encontrar en algún otro.

1. *El habeas corpus*

La institución del *habeas corpus* tiene su origen cuando se encontraba ya plenamente en curso el siglo XIII, particularmente en Inglaterra. Conforme se va reafirmando se expande hacia otras latitudes, entre ellas las colonias inglesas, que a la postre se convertirían en los Estados Unidos y, posteriormente, a los países de América Latina. En el primero, como es un derivado de aquella cultura, sólo hacen una mejora en la misma; en los segundos, se retoma como paradigma respecto del sistema anglosajón; pero adaptándolo al orden jurídico, conforme a las propias características y cultura de cada uno de los Estados, pues como todos sabemos, estos últimos fundan sus raíces en el derecho romano.³³

En México, si bien es cierto no existe esa figura, nuestro juicio de amparo³⁴ tiene matices más o menos semejantes, pues hay puntos de convergencia en algunos de los postulados que se persiguen en su desenvolvimiento. Y es que con ellas se busca la protección de ciertos derechos del hombre, considerados como fundamentales para la consecución de

³² *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 216 a 219.

³³ García Belaunde, *op. cit.*, nota 29, p. 89.

³⁴ Véase García Morelos, Gumesindo, *El amparo hábeas corpus. Estudio comparativo México-Argentina*, ABZ Editores, 1998, p. 41.

los fines de cada uno de los individuos en lo particular. Ejemplo de éstos, son “La vida, la libertad, la integridad física y la dignidad humana”.³⁵

Fix-Zamudio y Valencia Carmona³⁶ opinan que las figuras procesales del amparo y el *habeas corpus* no coinciden en ciertos aspectos, ya que el primero se encarga de todos los derechos en general, y por lo que se refiere al segundo, sólo se encarga de aquellos derechos referidos a la libertad e integridad física. Ello quiere decir que el radio de acción del *amparo* es mucho más amplio que el del *habeas corpus*.

Por su parte, Alfredo Gozáini³⁷ desarrolla el tema del *habeas corpus*, comparándolo con el amparo, y al estudiar el artículo 43 de la Constitución argentina hace una especificación en lo que atañe únicamente a la especialización que surge del bien tutelado. Pues considera también, tienen afinidad en cuanto a algunos objetivos que persiguen, respecto de los derechos tutelados por ambas instituciones, particularmente los referidos a la libertad.

Así esta institución queda incluida dentro de los procesos de carácter constitucional, por lo que se refiere a aquellos que se utilizan para proteger a los individuos de los abusos de autoridad, incluso de particulares, cuya divergencia de nuestra figura de amparo, sólo radica en los aspectos competenciales, pues éste no sólo abarca aquellos actos o resoluciones derivadas del orden penal, como son los que atañen a la restricción de la libertad, o integridad de la persona, sino al ámbito civil, mercantil, etcétera.

2. Habeas data

Fue en los Estados Unidos de Norteamérica donde se dieron los primeros ordenamientos para regular este tópico: el *habeas data*. En tanto que es y sigue siendo el país más avanzado en las telecomunicaciones y la informática, así nos lo afirma Miguel Padilla.³⁸ Sin embargo, se consi-

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Op. cit.*, nota 32, p. 206.

³⁷ *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del artículo 43 de la Constitución Nacional*, 2a. ed., corregida, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Desalma, 1998, p. 269.

³⁸ Padilla, Miguel M., *Banco de datos y acción de habeas data*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 3.

dera que las primeras referencias de este tipo de protección se dieron en Inglaterra como un derivado de los derechos de locomoción, reconocido en 1215, desde la carta magna inglesa.³⁹ Probablemente sea un dato cuya debida certeza no se tenga en cuanto a sus orígenes se refiere; pero sí hay seguridad —y esto es unánime— en considerarla una figura de relieve, en tanto se trata de un medio de control contra los autoritarismos, y más cuando se trata de salvaguardar aquellos derechos relativos a datos que son de entera importancia para los gobernados, cuyos principios se asientan en el derecho a la intimidad.

Por ello, Gozáini afirma que el empleo del *habeas data*, como forma de proceso, consiste en proteger “el derecho que tiene una persona a evitar el uso abusivo de la información que se tiene sobre él, de manera que constituye un capítulo elemental de sus libertades. Y por otra parte, la finalidad inmediata de remediar la hipotética humillación que sufre el individuo por la divulgación de datos que lo registran”.⁴⁰

La figura del *habeas data*, nos dice Miguel M. Padilla —parafraseando a Miguel Ángel Ekmekdjian— busca “otorgar una garantía especial al derecho a la intimidad,... Como lo hemos sostenido desde hace bastante tiempo, el derecho a la privacidad o a la intimidad es una consecuencia o derivación del derecho de la dignidad”.⁴¹

Por otra parte Reinaldo Vanossi, desde su perspectiva, nos dice:

El tema del *habeas data* es un tema instrumental, pero es un tema que está abiertamente referido a un capítulo muy importante de los derechos humanos y de la libertad de la persona. Es el capítulo más cercano inherente a la personalidad y donde la sofisticación de los medios científicos contemporáneos, puede llevarnos entonces a que el tipo de lesiones que sufre en esta materia, adquiera un carácter de extremada peligrosidad y por supuesto —en ciertas manos— de extrema perversidad.⁴²

En esa misma tesitura encontramos a García Belaunde,⁴³ al abordar el tema del *habeas data* preguntándose ¿si éste constituye una figura

³⁹ Gozáini, Alfredo, *op. cit.*, nota 37, p. 224.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 237.

⁴¹ *Op. cit.*, nota 38, p. 24.

⁴² Vanossi, Óscar Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 629.

⁴³ García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 29, pp. 55 a 60.

autónoma o de carácter instrumental?, ¿si es un instituto legal o constitucional?, ¿autónomo o derivado? Así, en su desarrollo se percibe que es partidario de considerar al *habeas data* verdaderamente de carácter instrumental, o proceso para defender los derechos del hombre, como es el de la autodeterminación informativa; aunque respecto de los otros dos cuestionamientos, a él le parece irrelevante la cuestión de si es un instrumento legal o constitucional, autónomo o derivado de otra institución, en tanto que debe de enfocarse su importancia a la validez y eficacia de su calidad protectora.

Al igual que la figura del *habeas corpus*, la institución a la cual nos estamos avocando, en la mayoría de los países iberoamericanos donde la han establecido, la aplican como una especie de amparo hábeas data, por lo que debe seguir la línea de desenvolvimiento de un proceso específico.

En México, aun cuando no existe como tal, podemos considerarla como una figura, en relación a los derechos que persigue tutelar, subsumida en el instituto del juicio de amparo, pues éste ubica dentro de su ámbito de aplicación la protección de los derechos que se consideran inherentes a la intimidad de los individuos. Pero así como en aquellos países nuestra institución protectora de los derechos del hombre sigue el mismo cause de un proceso al entablarse una controversia entre el particular y la autoridad, cuando aquél estima vulnerado su estatus jurídico.

3. *La cuestión de inconstitucionalidad*

Este instituto, en términos de la doctrina española, es considerado como un control concreto impropio,⁴⁴ de carácter constitucional-procesal. Únicamente válido como medio, para que un órgano jurisdiccional someta a revisión, ante un Tribunal Constitucional, una norma posiblemente inconstitucional, desde el punto de vista del juez que la va a aplicar al caso concreto.

Podemos hacer una reflexión, haciendo una pequeña comparación entre esta figura y nuestra acción de inconstitucionalidad, claro que no es-

⁴⁴ Este concepto es acuñado por el profesor Cruz Villalón en su obra “La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad” (1918-1939), citado por Francisco Caamaño Domínguez *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, Mc-Graw Hill, 2000.

capa a nuestra visión que quizás sea desafortunado el comparativo; sin embargo, lo haremos para fijar una diferenciación respecto de las consideraciones que se han hecho de una y otra, como medios de control concreto y abstracto de la constitucionalidad de las leyes, respectivamente. Y es que mientras en el control concreto una norma ya se encuentra expedida y aplicándose a los casos específicos dentro de un proceso jurisdiccional, es un juez quien tiene que solicitar al Tribunal Constitucional, que emita la resolución que deduzca la inconstitucionalidad de la ley; por el contrario, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, la ley apenas si es expedida para cuando ya existe la posibilidad de ser impugnada, lo que nos dice que no es necesario que haya literalmente una aplicación exacta de ella a un caso específico. Así en éste no es un juez quien solicita la declaratoria de inconstitucionalidad sino una serie de sujetos que la norma constitucional legitima para tal efecto. No obstante esa referencia, consideramos oportuno dejar en claro que este tema de las partes legitimadas en las acciones de inconstitucionalidad, lo abordaremos cuando hagamos mención de esa institución más adelante; pero sin dejar de rescatar que son distintas autoridades quienes, en una u otra institución, están facultadas para impugnar leyes que consideran inconstitucionales, y que además al acaecer esta situación, son precisamente los gobernados los que están imposibilitados para impugnarlas por medio de estos instrumentos procesales.

Asimismo, se puede hablar con este tópico del control concentrado de la constitucionalidad. Ello es así, pues, a diferencia del control difuso surgido de la idea prístina que retomaron en el sistema americano, cuando surge la necesidad de entablar una cuestión de inconstitucionalidad, es el juez de un Tribunal Constitucional, quien por mandato de la norma suprema, concentra todas las potestades respecto de las resoluciones de inconstitucionalidad de leyes vigentes y no se deja a la discrecionalidad de cualquier juez de un órgano jurisdiccional, que deje de aplicar una norma que considera inconstitucional.

Esto último y por lo que se refiere, cuando menos al sistema español, sólo opera respecto de las leyes posconstitucionales⁴⁵ y no respecto de las preconstitucionales.⁴⁶ Las primeras son normas que se emitieron con posterioridad a la Constitución Española, en las cuales no cabe argumen-

⁴⁵ Camaño, Francisco *et al.*, *op. cit.*, nota 44, p. 5.

⁴⁶ *Idem.*

to alguno por parte de los jueces para declarar inconstitucional una ley, sino que deben forzosamente solicitar al juez constitucional haga lo conducente; en las segundas, se hace referencia a las leyes emitidas con anterioridad a la Constitución de España, las cuales fueron abrogadas al expedirse la norma suprema, pues ésta deja sin efectos todas aquellas que se expidieron cuando aún no existía aquélla, siempre y cuando se opongan a la misma. Así pues, no es dable decir que se esté enjuiciando en estos supuestos el actuar del legislador, sino que sólo se está tratando de que permanezcan incólumes los principios constitucionales. En ese sentido, aquí puede el juzgador (*a quo*) optar por dos posturas: dejar de aplicar la norma por considerarla inconstitucional o solicitar al juez del Tribunal Constitucional que haga la declaratoria, si es el caso.

Aunque esta figura tiene similitudes, respecto de otras existentes en nuestro ordenamiento jurídico, aún no la hemos adoptado como tal. Bien cabría se hicieran estudios más acuciosos de ella para implantarla, y así poder someter a consideración de la Corte de Justicia leyes que puedan ser inconstitucionales, salvo que aparejada a esta propuesta venga otra referente a la creación de un Tribunal Constitucional, lo cual considero valdría mucho la pena iniciarnos por esos senderos, para que sea el Tribunal, en última instancia —por su especialización en el área del derecho constitucional—, quien decida sobre la inconstitucionalidad de las leyes.

4. *El control previo de la constitucionalidad*

Adentrémonos, aunque sea de manera muy somera, en otro de los institutos que tienen su razón de ser en la protección de las hipótesis normativas derivadas de la Constitución.

Esta figura la podemos encontrar dentro del sistema español, cuyas características son diferentes de la cuestión de inconstitucionalidad. Puede llevarse a cabo por medio del recurso de inconstitucionalidad para que se declaren de inconstitucionales las leyes y normas con carácter general de las comunidades autónomas, o a través del procedimiento establecido para el control de los tratados internacionales en tanto no hayan sido ratificados.

Para la operatividad del control previo, que también es conocida como medio de control directo o abstracto de la constitucionalidad (lo que con-

sideramos similar a nuestra acción de inconstitucionalidad), no es necesario incoar un proceso ante un juez ordinario, y que éste al hacer la interpretación de la ley en un caso concreto, esté en la posibilidad de solicitarle al Tribunal Constitucional que declare a la ley inconstitucional, sino directamente distintas autoridades que están legitimadas puedan hacer esa solicitud ante el Tribunal. Así, Francisco Caamaño, conjuntamente con otros autores, nos comentan que los sujetos legitimados conforme a la Constitución Española pueden ser “el presidente del gobierno; el defensor del pueblo; cincuenta diputados; cincuenta senadores; y los órganos ejecutivos y Asambleas de las Comunidades autónomas, previo acuerdo”.⁴⁷

Queda de manifiesto que al igual que la acción de inconstitucionalidad, este medio de impugnación de la constitucionalidad de una ley o de un tratado no admite la participación del uso del derecho subjetivo de acción de los particulares.

En otro orden de ideas, continúa comentándonos sobre las leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley contra las que puede interponerse este recurso de inconstitucionalidad. En ese sentido nos dice que las leyes susceptibles de ser declaradas inconstitucionales son los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas; las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley; los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas; y los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Obsérvese pues, que esta institución se desenvuelve respecto de todas las normas que se emiten en los ámbitos de competencia del territorio nacional español, por lo que también se incluyen en el haz, con posibilidades de ser impugnados, los estatutos de las Comunidades Autonómicas y demás normas que en uso de sus facultades ellas emitan. Similar situación pasa en nuestro país cuando se dice que a través de la acción de in-

⁴⁷ *Ibidem*, p. 24. Una diferencia palpable que podemos sacar a la luz respecto de este medio de control en comparación con la acción de inconstitucionalidad nuestra, es que en esta última el presidente de la República no puede ejercitarla, porque se le privó de esa potestad cuando se creó esta institución al establecerse en el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal.

constitucionalidad se pueden impugnar las normas generales que expidan las legislaturas de los Estados.⁴⁸

Por otro lado, conforme nos lo comenta Caamaño Domínguez,⁴⁹ la protección de la norma fundamental mediante el procedimiento aplicable para la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales, antes de su ratificación, se puede dar por solicitud del gobierno (presidente), diputados y senadores, quienes son los únicos legitimados para increpar al Tribunal Constitucional a que se pronuncie respecto de ellos.

Los objetivos principales que conllevan a la aplicación de un control *a priori*, cuando menos los que surgen a la luz respecto de los tratados en este sistema, y por los que se da pauta a su implementación, se desarrolla en dos criterios fundamentales desde el punto de vista del Tribunal Constitucional: por un lado, se busca con el uso del control previo el que permanezcan incólumes los principios constitucionales, es decir, asegurar el cumplimiento de la propia Constitución; por otro, otorgar la debida credibilidad y garantía de que se dará cumplimiento a los compromisos asumidos con la elaboración de un tratado ante la comunidad internacional.⁵⁰

Antes de dejar el tema, llama la atención una cuestión relevante ante este paradigma de la defensa de la Constitución. Ello surge del posible acontecimiento de que el Tribunal Constitucional se pronuncie respecto de una norma que se le somete a consideración por medio del control previo, en el sentido de que las normas no son en nada contrarias a la Constitución, es decir, que no son inconstitucionales; sin embargo, posteriormente en un acto de aplicación ya concreto sucede todo lo contrario. ¿Qué criterios se deberían adoptar entonces, si ya existe un pronunciamiento en un sentido?, ¿el Tribunal debería dar un giro *contrario sensu* y echar fuera del entramado constitucional la norma que él mis-

⁴⁸ La Constitución Política Federal dispone en el artículo 105. “La Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocerá, en los términos que señala la Ley Reglamentaria, de los asuntos siguientes:... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por:... d) El equivalente al treinta y tres por ciento de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano”.

⁴⁹ Camaño, Francisco *et al.*, *op. cit.*, nota 44, p. 43.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 45.

mo revisó y declaró era acorde con la Constitución?, ¿en qué papel quedaría el Estado cuando se diera esta hipótesis? En fin, son cuestionamientos que nos surgen, y a manera de reflexión los adoptamos para hacer ver que aunque puede ser una institución muy noble tenemos la obligación de estudiarla más a fondo, para si en un futuro deseáramos introducirla a nuestro sistema jurídico no lleguemos al absurdo de caer en contradicciones jurídico constitucionales.

5. *La omisión legislativa*

Iniciemos pues, el estudio de este paradigma constitucional, que no obstante no contenerse dentro de nuestras instituciones, nos parece un medio de control interesante para la salvaguarda de la norma suprema.

La omisión legislativa (nos dice parafraseando a Gomes Canotilho, Francisco Fernández Segado) “es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos”.⁵¹ Derivado de ello, emite conclusiones en los siguientes términos:

a) En primer lugar, el concepto de omisión legislativa no es en modo reducible a un simple “no hacer”. En sentido jurídico-constitucional, omisión significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado. La omisión legislativa, en lo que ahora importa, se debe vincular, pues, con una exigencia constitucional de acción no bastando con un simple deber general de legislar para fundamentar una omisión inconstitucional.

b) En segundo lugar, en razón de que las omisiones legislativas inconstitucionales derivan del incumplimiento de mandatos constitucionales legislativos, esto es, de mandatos constitucionales concretos que vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas de concreción constitucional, han de separarse de aquellas otras omisiones de mandatos constitucionales abstractos, o lo que es igual, de mandatos que contienen deberes de legislación abstractos...⁵²

Para Jesús María Casal, “la omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no ob-

⁵¹ Véase Sagües, Néstor Pedro *et al.*, *Inconstitucionalidad por omisión*, Colombia, Temis, 1997, p. 14.

⁵² *Idem.*

serva, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la norma suprema exigía”.⁵³

Asimismo, continúa comentándonos, que este tipo de inconstitucionalidades, derivadas de las omisiones a mandatos expresos de la norma suprema por el legislador, no sólo pueden suceder en distinta forma a la simple falta de expedición de una ley por el Poder Legislativo, sino también cuando aun emitiendo la norma ésta regula parcialmente la materia a la que se hace referencia en la Constitución. Esto es, el legislador al elaborar la ley, deja fuera del contexto normativo ciertos puntos esenciales que se habían previsto en el texto constitucional y que deliberadamente o no se omitieron.⁵⁴

Cuando se habla de omisión legislativa forzosamente se alude a los temas que tienen relación con los obstáculos, a los que, desde la perspectiva de la doctrina, se enfrenta esta institución al querer ser adoptada como medio de control por vía de acción judicial en aquellos sistemas que aun no cuentan con ella. Estos tópicos son: las dificultades de implementación y los condicionamientos económicos; la supuesta violación del principio de separación o división de los poderes; la supuesta vulneración del principio de la legalidad y de la reserva de ley; y por último, el abandono del supuesto axioma de la jurisdicción constitucional como legislador negativo.⁵⁵

Independientemente de los argumentos que haya en contra derivados de los obstáculos mencionados, creemos que muy por encima se encuentra salvaguardar el respeto de la Constitución, y en aras de que no se convierta solamente en simples aspiraciones que un pueblo quiere tener, se debe ponderar el valor respecto de los principios o normas en contradicción.

En esa misma postura creemos encontrar a María Sofía Sagüés, cuando nos dice:

⁵³ Véase el artículo “La protección de la Constitución frente a las omisiones”, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. II, p. 1780.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 1761-1778.

Se ha intentado analizar pormenorizadamente los valores en juego en el tema del estudio dada la vital relevancia que reviste, por un lado, la fuerza normativa de los textos constitucionales, y por el otro, la imperiosa necesidad del respeto del sistema de división de funciones dentro del Estado, así como de las relaciones de pesos y contrapesos que tal sistema genera y exige.

El principio de supremacía constitucional, la fuerza normativa de la Constitución, y los instrumentos internacionales, llevan a concluir que es dable postular un sistema amplio de control de constitucionalidad, comprensivo, necesariamente, de un adecuado y efectivo tratamiento del control de las omisiones legislativas.

Para lograr este control se presenta como imperiosa la necesidad de consagración normativa del instituto en estudio, a los fines de garantizar un funcionamiento sistemático y coherente de las diversas variables a que se refiere.⁵⁶

Así pues, con la implantación de esta institución se busca la materialización de lo dispuesto en la norma constitucional como imperativo de crear la legislación por medio del Poder Judicial, el cual en el momento que se presenta el caso de una omisión legislativa, debe en un primer momento compeler al legislador ordinario a que la emita, y a reserva de esperar un tiempo razonable —como algunos tratadistas lo mencionan—, el órgano jurisdiccional debe convertirse en legislador materialmente hablando, para que en defensa de la Constitución, ésta recupere su fuerza normativa.

Debemos dejar claro que en situaciones normales el Poder Judicial no puede entrometerse en la vida del Legislativo, por ello se hace mención al imperativo de que el Poder Legislativo sería sustituido en su actuar, siempre y cuando la Constitución establezca que en alguna materia se deba legislar y el legislador sea renuente a hacerlo una vez que se le haya solicitado expedir la norma, por lo que estaríamos hablando de un caso de excepción al tratarse de una conducta omisa del Poder Legislativo. Porque además sería ilógico pensar, aun en detrimento de la misma

⁵⁶ Véase el artículo “Garantías de control de la constitucionalidad”, *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. III, p. 2535.

Constitución, que los poderes se escuden en la norma que ellos mismos han dejado e cumplir.⁵⁷

El estudio minucioso de este paradigma en ninguna manera pugna con los postulados de la Constitución, sino todo lo contrario, debe considerarse como una solución armónica que se conlleva en los pesos y contrapesos derivados de la función de cada uno de los poderes, y asimismo, de propugnar por el verdadero respeto que debe haber en una sociedad.⁵⁸

6. *El juicio de amparo*

Este medio de protección de los derechos fundamentales, es uno de los institutos que han tenido verdadero énfasis en varios países de Latinoamérica y en muchos otros de Europa. Orgullosamente de origen mexicano, cuyos cimientos fueron enarbolados en la Constitución del 57 hasta la fecha. Su ubicación normativa constitucional en la actualidad la encontramos en los artículos 103 y 107 de la Constitución federal, los cuales, a su vez, son desarrollados en la Ley de Amparo.

Es la última medida que pueden adoptar los particulares como medio de impugnación, al sentir que se les violenta su estatus jurídico como gobernados. Algunos autores manifiestan que puede considerarse en un sentido como un juicio, otros lo llaman proceso, y en una última acepción como recurso extraordinario. Sin embargo, mayor parte de la doctrina resalta la posibilidad de encuadrarlo, técnicamente hablando, dentro de la segunda institución. En mi obra de *Teoría general del proceso*, así lo mencionamos al decir que:

La doctrina dominante afirma que el amparo es un juicio, y más técnicamente, un proceso, pues en él encontramos principios, instituciones, categorías y conceptos de rancia esencia procesal, tales como: un órgano jurisdiccional;... aquellos sujetos procesales que nuestra ley de amparo designa como partes;... un procedimiento autónomo, plazos, términos, resoluciones judiciales....⁵⁹

El amparo se define como un instituto procesal y de control constitucional, circunscrito al ámbito de competencia de los órganos jurisdiccio-

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2536.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Armienta Calderón, Gonzalo, *Teoría general del proceso*, México, Porrúa, 2003, p. 378.

nales de uno de los Poderes de la Unión: el Poder Judicial. Estos órganos están ubicados dentro de la estructura orgánica desplegada en el artículo 94 de la Constitución federal.

Se desenvuelve a través de una serie de instituciones immanentes a su estructura. Así, encontramos distintos temas intrínsecos que rigen al amparo: la relatividad de la sentencia, el interés jurídico, la definitividad, la improcedencia, el sobreseimiento, las partes, el acto reclamado, la autoridad responsable, el tercero perjudicado, la suspensión del acto reclamado, y la jurisprudencia de los tribunales, entre otros.

En otro orden de ideas similares y referentes a esta institución, Fix-Zamudio, conjuntamente con Valencia Carmona, al abordar este tema, y en relación a diversos sectores que lo integran y sus procedimientos, comentan que “El juicio de amparo ha llegado a adquirir una estructura jurídica sumamente compleja, que bajo su aparente unidad comprende varios instrumentos procesales, que si bien poseen ciertos principios generales comunes, cada uno de ellos tiene aspectos peculiares de carácter autónomo”.⁶⁰ Así, de esta guisa —nos dicen— tan complicada, es que su margen de aplicación llega a desarrollarse hasta en cinco direcciones distintas, a saber: la que se refiere a la tutela efectiva de la libertad física; aquélla relativa a impugnar leyes inconstitucionales; para impugnar sentencias judiciales; la que se enfoca a combatir actos y resoluciones de la administración; y por último, para proteger derechos de los campesinos.⁶¹

Es un medio que puede ser utilizado, aunque parezca paradójico, tanto por los particulares como por las personas morales privadas y oficiales, estas últimas siempre y cuando vean afectados sus derechos patrimoniales. Y decimos paradójico, en cuanto a que en un primer momento la razón por la cual se creó la institución del amparo fue la protección de los individuos como gobernados; sin embargo, si observamos lo dispuesto por el artículo 9o. de la ley de amparo vigente, nos percataremos de que existe una pequeña salvedad, y es en el sentido aludido con anterioridad.

Existen dos tipos de amparo por medio de los cuales se pueden impugnar los actos de las autoridades. Por un lado, existe el amparo directo o de única instancia, que se puede interponer en contra de sentencias definitivas y resoluciones judiciales que no admitan recurso o medio de

⁶⁰ *Op. cit.*, nota 32, p. 806.

⁶¹ *Ibidem*, p. 807.

defensa por lo que puedan ser modificadas o revocadas.⁶² Por otro, el amparo indirecto, cuya órbita de desenvolvimiento se da en contra de actos de la autoridad ejecutados fuera de juicio (jurisdicción voluntaria, juicios sucesorios, providencias precautorias)⁶³ y después de concluido (ejecución de sentencias, convenios judiciales, incidentes en ejecución de sentencias y recursos interpuestos en ejecución de sentencia),⁶⁴ incluso contra ciertos actos considerados en sentido estricto, realizados por la administración activa.

Vayan pues, estas pequeñas reflexiones acerca del amparo, sin dejar de hacer ver que por lo extenso del tema no puede abordar a plenitud pues constituye una investigación para un tratado teórico-práctico, lo cual a su vez rebasa los objetivos de este ensayo.

7. *Las controversias constitucionales*

Configuran un tipo de juicio que puede promoverse ante la Suprema Corte de Justicia, como la única facultada para conocer de estos aspectos. A través de este instituto, se dirimen conflictos, derivados de los ámbitos de competencia de las distintas autoridades que conforman nuestro sistema federal, y que vayan en contra de lo dispuesto en la norma suprema; por un lado y de manera horizontal, entre los poderes de la unión: el Ejecutivo, Legislativo y Judicial; por otro y en un plano vertical, entre los distintos niveles de gobierno: el federal, estatal y municipal. Asimismo, para que proceda este medio de impugnación, resulta necesario que cualquiera de las instituciones que interponga la controversia se vea afectada por un acto o una norma de carácter general, con la única salvedad de que no se trate de la materia electoral.⁶⁵

Las controversias constitucionales desde la perspectiva de Olga Sánchez Cordero, constituyen

...procedimientos de control de la regularidad constitucional, planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los

⁶² *Ibidem*, p. 823.

⁶³ Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, Mexico, Porrúa, 1975, pp. 263-284.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 286-288.

⁶⁵ Véase *¿Qué son las controversias constitucionales?*, manual didáctico elaborado y publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.

*que las partes, sea como actores, demandados o terceros interesados, pueden ser la Federación, los Estados, el Distrito Federal o municipios, el Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión o cualquiera de sus Cámaras o Comisión Permanente, los Poderes de un Estado, y los órganos de Gobierno del Distrito Federal, y en los que se plantea la posible inconstitucionalidad de normas generales o actos concretos solicitándose su invalidación alegando que tales normas o actos no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado; o bien para plantear conflictos sobre los límites de los Estados cuando éstos adquieren un carácter contencioso.*⁶⁶

Por otra parte en relación con los sujetos legitimados para promover las controversias constitucionales, podemos decir que son distintos órganos de gobierno, los cuales han sido vulnerados por una invasión a sus facultades establecidas en la misma Constitución, por arrogárselas otro al que no le compete. En ese orden de ideas, podemos decir que los sujetos a que nos referimos pueden ser ubicados en cuatro grupos diferentes. *Primero*, el que se refiere a los niveles de gobierno: la Federación, estados, municipios, y el Distrito Federal; *segundo*, el que atañe a los poderes federales: presidente de la República, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, o la Comisión Permanente; *tercero*, el relativo a los poderes locales: gobernadores de los estados, legislaturas de los estados y los tribunales superiores de Justicia de los estados; y, *cuarto*, el que se refiere a los órganos de gobierno del Distrito Federal: jefe de Gobierno del Distrito Federal, Asamblea Legislativa de Distrito Federal, y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.⁶⁷

Por lo que se refiere a los efectos de las sentencias que se emitan en estos juicios, en algunos casos puede surtir efectos *erga omnes*, y esto sucede cuando se trata de la impugnación de normas de carácter general de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos de los incisos *c*, *h* y *k*, así como, cuando la sentencia sea emitida con la aprobación de ocho ministros.⁶⁸

⁶⁶ Véase “Controversia constitucional y nueva relación entre poderes”, artículo publicado en la obra de *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 53, t. I, p. 706.

⁶⁷ *¿Qué son las controversias constitucionales?*, cit., nota 65, pp. 20 y 21.

⁶⁸ Los supuestos de los incisos son: conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; entre el Poder Ejecutivo y cualquiera de las Cámaras del Congreso; o entre aquél y la comisión permanente, ya sea como órganos federales o del distrito federal; en-

Fuera de los casos aludidos con anterioridad, las sentencias emitidas en las controversias constitucionales solamente tendrán efectos para las partes.

Por último, un importantísimo tema atinente también a esta figura, lo es el de los efectos en el tiempo de las sentencias. En un primer momento pueden surtir efectos hacia el futuro desde la fecha en que la Corte emite su resolución, y en segundo término, hacia el pasado únicamente por lo que se refiere a la materia penal.

8. *La acción de inconstitucionalidad*

Esta figura fue inserta en nuestro ordenamiento constitucional el 31 de diciembre de 1994. Es retomada del modelo constitucional europeo, a efecto de conceder la oportunidad a la minorías parlamentarias de impugnar las leyes emitidas por las mayorías aplastantes, ante el Tribunal Constitucional. Es considerada como un medio de control abstracto de la constitucionalidad, ya que tiene por función garantizar la aplicabilidad de la Constitución federal, y la certidumbre del sistema jurídico de normas emanadas de ella. Así pues, no es necesario que quien puede ejercitar esta acción acredite un interés jurídico, ni mucho menos la existencia de un agravio.⁶⁹

Para Joaquín Brage Camazano, esta institución es

...aquél mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos... pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la Constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente, las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipóte-

tre dos poderes de un mismo estado; entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal; cuando se trate de la Constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

⁶⁹ Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 32, pp. 844 y 845.

sis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma.⁷⁰

Consideramos que la definición es sumadamente correcta, pero creemos que por lo que se refiere a las normas que se combaten con la acción de inconstitucionalidad, no debe deducirse o decirse abiertamente que se tratan de normas jurídicas, porque si esto es así entrarían un cúmulo de normas con esa característica al radio de desenvolvimiento de este medio de impugnación constitucional. En ese sentido podemos decir que tanto norma jurídica es una ley, en su sentido formal y material, como un Reglamento también en su sentido formal y material; sin embargo, hay que subrayarlo, con este medio solamente se declaran nulas las leyes y los tratados, específicamente hablando, lo cual se puede constatar de lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución federal.

Las acciones de inconstitucionalidad son pretensiones que se solicitan por instituciones de gobierno al estar legitimadas por la Constitución para ejercitar el derecho de acción, y solicitar a la Corte la anulación de una norma de carácter general, es decir, de una ley contraria a la norma suprema.⁷¹

Las partes legitimadas pueden intervenir tanto activa como pasivamente. En el primer supuesto, encontramos a las minorías parlamentarias, en contra de leyes o tratados (esto último en el caso de la Cámara de Senadores), que el mismo órgano legislativo al que pertenecen haya emitido; el procurador general de la república, en contra de leyes de carácter federal, estatal, así como del Distrito Federal, o tratados internacionales celebrados por el presidente y ratificados por el Senado; y por último, los partidos políticos, éstos en el caso de que trate de impugnación de leyes de carácter electoral, ya sea en el ámbito federal o estatal. En la segunda hipótesis estarían el Congreso de la Unión, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y las legislaturas de los estados.

El procedimiento —a seguir al incoar el juicio de referencia— se inicia con la demanda, la cual debe interponerse dentro de los treinta días naturales, que empiezan a correr al día siguiente de la publicación de la ley o tratado que se impugna. No obstante el plazo establecido, no opera en el caso de que el día último sea inhábil, por lo que la demanda podrá

⁷⁰ *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, p. 2.

⁷¹ Véase Armienta Calderón, *op. cit.*, nota 59, p. 388.

interponerse al día siguiente, pero en materia electoral todos los días son hábiles para el efecto del cómputo de los días.⁷²

Por otro lado, podemos diferenciar cuatro etapas distintas respecto del procedimiento. La primera, relativa a los requisitos de la demanda (nombres y firmas de los promoventes; mentón del Poder Legislativo y Ejecutivo, como órganos que expidieron y promulgaron, respectivamente, la norma impugnada; la especificación de las normas de que se traten y los conceptos de invalidez); la segunda, referente a la designación de un ministro de la Corte para que conozca del asunto y emita sentencia; la tercera, atañe a la notificación de la demanda para los órganos legitimados pasivamente, es decir, contra quien se está demandando y el procurador general de la República; y la cuarta, que es donde corresponde al ministro instructor poner a la vista de las partes para que formulen sus alegaciones.⁷³

Por último, al igual que las sentencias en las controversias tienen suma relevancia, pues una vez que éstas son emitidas declarando una ley inconstitucional, nunca más podrán ser aplicadas a nadie. Estos es, las sentencias cuando se adopten por lo menos ocho ministros tendrán efectos generales.⁷⁴

9. *Procesos constitucionales en materia electoral*

Dentro de los procesos constitucionales se pueden diferenciar varios procesos encaminados a la impugnación en materia electoral; sin embargo, únicamente dos son los que funcionan para los efectos de proteger el sistema constitucional: el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional.⁷⁵

Por lo que respecta al primero, “es el medio de impugnación por virtud del cual se pueden proteger los derechos políticos de los gobernados a través de la impugnación de los actos que violenten su derecho de votar, ser votado, asociarse individual y libremente para participar en los

⁷² Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 32, p. 847.

⁷³ *Ibidem*, pp. 847 y 848.

⁷⁴ Véase *Los medios de control de la constitucionalidad*, pp. 16 y 17.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

asuntos políticos del país y afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos”.⁷⁶ En lo que se refiere al segundo, se trata de

...un medio de impugnación excepcional a través del que se pueden combatir los actos de las autoridades electorales de las entidades federativas, encargadas de organizar y calificar los comicios electorales o resolver las controversias que surjan durante éstos... siempre y cuando se trate de actos o resoluciones definitivos y firmes, y que violen algún precepto de la Constitución federal.⁷⁷

Conforme a lo establecido en los artículos 41, 60, 94 y 99, de la Constitución política de México, se protegen los derechos políticos y electorales. Así, conforme al último artículo de los mencionados, se pueden combatir tanto los actos como las resoluciones en materia electoral, ante el máximo órgano jurisdiccional: el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Ello, a efecto de que resuelva en forma definitiva e inatacable respecto de impugnaciones de actos y resoluciones electorales emitidas por la autoridad competente en esta materia, cuyos efectos violenten normas de carácter constitucional o legal, asimismo, aquellas resoluciones que trasgredan derechos político electorales de los ciudadanos: votar, ser votados, de afiliación a un partido, en apego a la norma suprema.⁷⁸

Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona nos hacen un comentario acerca de la Ley General de Medios de Impugnación, en relación a los efectos de las sentencias pronunciadas en los juicios de protección de los derechos político-electorales, y en ese sentido advierten que éstas pueden tener los siguientes efectos, a saber: “a) confirmar el acto o resolución impugnados, b) revocar o modificar dicho acto o resolución y restituir al promovente en el uso y goce del derecho político electoral que le haya sido violado”.⁷⁹

Consideramos en tanto que los derechos electorales quedan al margen de ser protegidos por el juicio de amparo, es loable la creación de estos medios de control, pues de lo contrario no se estaría acorde con los lineamientos de un Estado de derecho democrático.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Véase Armienta Calderón, *op. cit.*, nota 59, p. 391.

⁷⁹ *Op. cit.*, nota 32, p. 861.

“En síntesis, los medios de impugnación en materia electoral, representan instituciones procesales que garantizan el equilibrio entre el ejercicio del poder público y el ejercicio de los derechos políticos”.⁸⁰

10. *El procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia*

Este procedimiento tiene su base y sustento en lo establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo 97 de la Constitución política federal.

Los párrafos del numeral aludido disponen:

La Suprema Corte Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de Distrito o magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.

Estas dos disposiciones encierran, a su vez, dos facultades explícitas para la Corte. La primera se refiere a la investigación de las violaciones graves a las garantías de los individuos y para que se investigue a los funcionarios del Poder Judicial en su actuar, es decir, a los jueces y magistrados del orden federal, únicamente. La segunda, se enfoca a otro tipo de situaciones, derivadas de la comisión de hechos en el plano electoral, que constituyen violaciones al voto público. No obstante ello, se dispone también que la Corte actuará de manera oficiosa en el momento que se ponga en duda la elección de que se trate.

Es un procedimiento que en ambas situaciones aquí esbozadas, surten los efectos precisamente como su nombre lo indica de investigación, y

⁸⁰ Armienta Calderón, *op. cit.*, nota 59, p. 391.

con base en ello la Corte emite su opinión autorizada para ponerlo del conocimiento de alguna de las instituciones que lo hayan solicitado, a efecto de que si consideran existe alguna responsabilidad que perseguir o alguna acción para ejercitar, inicien el proceso o procedimientos correspondientes. Hay que diferenciar muy bien que con ello la Corte no investiga o lleva a cabo la persecución de los delitos, pues eso a nuestro entender es el monopolio que está reservado al Ministerio Público. Así pues, la Suprema Corte de Justicia únicamente se enfocará a averiguar hechos que sean violaciones de carácter constitucional no de legalidad.

11. *El juicio político*

Esta figura es establecida en nuestra carta magna alrededor de 1982.⁸¹ La finalidad específica es hacer responsables a los servidores públicos en su actuar, pero existe una excepción y esa la constituye la figura del presidente de la República, quien se escapa de ser enjuiciado a través de este medio de defensa de la Constitución, y únicamente puede ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, lo cual queda fuera del ámbito de aplicación de esta figura pues el artículo 110 de la Constitución federal específicamente menciona quiénes son los servidores públicos que pueden ser sujetos de un juicio de esta índole. En este sentido podríamos decir que es irresponsable políticamente, cuando menos durante su periodo de gobierno.

Para Clemente Valdés “se trata de un juicio seguido totalmente ante órganos legislativos (Cámara de Senadores y Cámara de Diputados) para destituir a los altos empleados por actos u omisiones que no están precisados en la Constitución”.⁸²

En este tipo de juicio la Cámara de Diputados opera como autoridad acusadora e instructora, y por lo que se refiere a la Cámara de Senadores es la que funge como órgano de decisión, es decir, se convierte en jurado de sentencia, haciendo las veces de Tribunal. Algunos autores al hacer mención de estos aspectos, comentan que es una facultad materialmente jurisdiccional, y ello es en el sentido de que no es una función propia del Congreso de la Unión desde la perspectiva formalista,

⁸¹ Véase Clemente Valdés, “El juicio político”, artículo publicado en la obra *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 53, t. I, p. 929.

⁸² *Ibidem*, p. 930.

sino que su función formal desde la óptica de la teoría de la división de poderes es legislar.

Opera por medio de una denuncia que puede efectuar cualquier ciudadano con capacidad de ejercicio para tal efecto, la cual debe dirigirse ante la Cámara de Diputados. Los plazos en los que debe interponerse una denuncia para que el Congreso se ponga en movimiento, es el lapso de tiempo en que el servidor público dure en su encargo y después de haber concluido, dentro del primer año que se haya separado del mismo.

El alcance que tiene la resolución emitida por el Senado de la República es sancionar al funcionario responsable destituyéndolo del cargo e inhabilitándolo para que pueda volver a ocupar nuevos puestos en el futuro. Contra estas resoluciones no cabe ningún medio de impugnación por el cual puedan ser revocados los efectos de la misma.

12. *El procedimiento no jurisdiccional para la protección de los derechos humanos*

Los procedimientos no jurisdiccionales que atañen a la protección de los derechos fundamentales en nuestro país, datan desde 1990, fecha en que fue creada, por decreto presidencial, la Comisión de los Derechos Humanos. Este órgano tiene competencia para conocer de los actos de naturaleza administrativa cometidos por cualquier tipo de autoridad, excepción hecha del Poder Judicial Federal.⁸³

Martínez Bullé-Goyri, citando a Fix-Zamudio, nos da una conceptualización del *ombudsman* y nos los describe como la figura de

...uno o varios funcionarios designados por el órgano parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos, que con el auxilio de personal técnico posee la función esencial de recibir e investigar las reclamaciones de los gobernados realizadas por las autoridades administrativas, no sólo por infracciones legales, sino también por injusticia y razonabilidad o retraso manifiesto en la resolución y con motivo de esta investigación pueden proponer, sin efectos obligatorios, las soluciones que estimen más adecuadas para evitar o subsanar las citadas violaciones; esta labor se comunica periódicamente a través de informes públicos, generalmente anuales a los más altos órga-

⁸³ Véase Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “El procedimiento ante los organismos autónomos”, *Derecho procesal constitucional, cit.*, nota 53, t. I, p. 1025.

nos del gobierno, del órgano legislativo o ambos, con la facultad de sugerir las medidas legales y reglamentarias que consideren necesarias para mejorar los servicios públicos respectivos.⁸⁴

El sustento normativo de esta institución lo encontramos en el artículo 102, apartado B, de la Constitución federal.

Conforme a este artículo tanto en el ámbito federal como en el estatal, se desarrolla la protección de los derechos humanos a través de una institución que en uso de sus facultades crean los Congresos de la Unión y de los estados.

Estos organismos no llevan estrictamente procesos o juicios entendidos desde la óptica del derecho procesal, en tal virtud las resoluciones que emitan no adquieren el carácter de sentencias, sino resoluciones meramente declarativas, y aún más, que no son, como ya quedó de manifiesto en el concepto anterior, vinculatorias para ninguna autoridad. Esto quiere decir, que éstas pueden o no adoptar las directrices que les señalen las comisiones de los Derechos Humanos.

Una postura que trata de denotar la función de estas comisiones nos dice que

Para lograr la restitución de los derechos violados, buscan la conciliación, para que la autoridad se comprometa a restituir al gobernado en el goce del derecho violado. Si se acreditan las violaciones a los derechos humanos y no es posible restituirlos mediante la conciliación o el procedimiento que se lleve a cabo, los organismos formulan recomendaciones públicas y, en su caso, denuncias ante las autoridades correspondientes.⁸⁵

Por último, dos reflexiones saltan a la vista respecto de esta institución. La primera, es para hacer un comentario acerca de los efectos de las recomendaciones que emiten las comisiones, pues qué sentido tiene la implementación de estos organismos si en última instancia se deja al arbitrio de la autoridad cumplirlas o no, lo cual viene a ser un símil para los efectos de las sentencias, pues al igual que ellas “sentencia que no se cumple es justicia que no se imparte”; y en segundo lugar, lo cual consideramos loable, el uso de esta institución no excluye por la violación de

⁸⁴ *Ibidem*, p. 1024.

⁸⁵ *Los medios de control de la constitucionalidad*, pp. 26 y 27.

los derechos humanos, el uso de la otra consagrada en nuestro sistema constitucional, me refiero al juicio de amparo.

IV. COLOFÓN

Con esto damos por terminado, todos y cada uno de los temas atinentes tanto en el ámbito internacional como en el nacional, sobre los tópicos de los procesos y procedimientos de carácter constitucional.

Vayan pues estas pequeñas líneas en aras de cuando menos dejar, a manera de descripción, algunas directrices que nos digan hacia donde enfocar nuestra mirada, cuando se trate del tema de la defensa de la Constitución. Norma cuyo lugar, conforme a la pirámide kelseniana, lo encontramos en la cúspide de nuestro sistema político y jurídico.

DOCE TESIS EN TORNO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

César ASTUDILLO**

SUMARIO: I. *Dedicatoria*. II. *Explicación metodológica y conceptual*. III. *Primera tesis. Las formas de aproximación al derecho procesal constitucional*. IV. *Segunda tesis. La historia del derecho procesal constitucional*. V. *Tercera tesis. El método para la sistematización científica del derecho procesal constitucional*. VI. *Cuarta tesis. La naturaleza del derecho procesal constitucional*. VII. *Quinta tesis. La caracterización del derecho procesal constitucional*. VIII. *Sexta tesis. La ductilidad del derecho procesal constitucional*. IX. *Séptima tesis. La originalidad del derecho procesal constitucional*. X. *Octava tesis. El carácter inquisitivo del derecho procesal constitucional*. XI. *Novena tesis. El valor del derecho procesal constitucional*. XII. *Décima tesis. La interpretación del derecho procesal constitucional*. XIII. *Undécima tesis. La integración del derecho procesal constitucional*. XIV. *Duodécima tesis. El concepto de derecho procesal constitucional*.

I. DEDICATORIA

En 1955 el maestro Héctor Fix-Zamudio culminaba sus estudios universitarios en la UNAM mediante la defensa de su tesis de licenciatura en la Facultad de Derecho. El trabajo presentado en el examen profesional bajo el título *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo*

* El presente trabajo forma parte del Programa de consolidación institucional de grupos de investigación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Conacyt.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

de una estructuración procesal del amparo representó un acontecimiento académico de proporciones mayúsculas, pues reflejaba una contundente toma de posición científica en torno a la metodología de análisis de nuestro paradigmático instrumento protector de los derechos fundamentales: el juicio de amparo.¹

Las contribuciones científicas de esa obra fueron bastas y de la mayor significación. Dentro de ellas, quizá uno de sus mayores méritos fue el de haber aproximado con total pulcritud la metodología y los conceptos básicos del derecho constitucional y del derecho procesal, dos disciplinas que venían desarrollándose de manera autónoma, con el objetivo de aprovechar sus enseñanzas en la explicación de la única institución con que contábamos para la defensa de los derechos, cuyo *status*, valores protegidos, finalidades, y modo de estructuración interna, se encuentran a medio camino entre lo constitucional y lo procesal.

A poco más de cincuenta años de esa inmejorable contribución, este artículo, dentro de sus limitaciones, intenta homenajear al maestro de maestros, reconociendo en él al académico responsable, al científico riguroso, al universitario comprometido, al mexicano ejemplar, pero sobre todo al humanista; porque todos aquellos que hemos tenido la fortuna de conocerlo y de tratarle, sabemos de la calidad moral y humana del doctor Héctor Fix-Zamudio.²

II. EXPLICACIÓN METODOLÓGICA Y CONCEPTUAL

El presente artículo difícilmente puede ocultar la proximidad de su estructura con una contribución clásica del profesor Francisco Rubio Llorente que lleva por título “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”.³ En ese texto, el profesor de la Universidad Complutense

¹ Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1955, pp. 57 y ss. Esta contribución apareció después en su monografía, *El juicio de amparo*, presentación de Antonio Martínez Baez, México, Porrúa, 1964, pp. 3-144 (se cita el primero de los trabajos).

² Para conocer la semblanza del maestro Fix-Zamudio, acúdase a Carpizo, Jorge, “Semblanza del doctor Héctor Fix-Zamudio”, *Héctor Fix-Zamudio. Imagen y obra escogida*, México, UNAM, 1984, pp. 11 y ss.

³ Publicada dentro de *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 541 y ss.

evidenciaba la problemática de la jurisdicción constitucional europea con el objeto de analizar la situación en que se encontraba en ese preciso momento. Para efectos meramente expositivos utilizó, en razón de su agilidad, la fórmula de las tesis, en virtud de que a través de ellas pueden fijarse posicionamientos directos, claros y breves, que facilitan de alguna manera la presentación de las ideas e, incluso, su posible crítica.

Me ha parecido oportuno emplear este formato porque las tesis del presente trabajo constituyen los planteamientos principales defendidos en la investigación presentada para obtener el doctorado *europæus* (hispano-italiano) en derecho.⁴ Por su matriz en el trabajo apenas citado, las tesis siguen en número y en contenido la estructura de dicha memoria doctoral. La intención es fijar un conjunto de ideas a partir de las cuales puedan extraerse postulados enunciados en forma de principios con el objeto de que constituyan un bagaje conceptual que con el tiempo pueda ser profundizado, flexibilizado o replanteado en función de las nuevas sugerencias, ideas o críticas que puedan generar.

Es conveniente destacar también que el formato utilizado conducirá en muchas ocasiones al empleo de generalizaciones que, en estricto sentido, se encuentran sometidas a excepciones. No obstante, el interés principal que nos motiva a actuar de esta manera se basa en el propósito de presentar a discusión algunos lineamientos generales que emanan de la particularidad del derecho procesal constitucional —en adelante DPC— como derecho, a través del cual la Constitución se ubica como norma procesal dirigida a la tutela de sus propios contenidos. Por lo tanto, dicha toma de posición nos obliga a preferir aquellos elementos que coadyuvan a consolidar las peculiaridades del DPC con el consecuente sacrificio de aquellos otros que intentan negarlos.

Para iniciar con una base sólida es necesario fijar el sentido que provisionalmente hemos de darle a la expresión DPC. En este tenor, debe destacarse que la expresión representa el último “neologismo” empleado por la dogmática jurídica para hacer referencia a la disciplina que se ocupa de estudiar las categorías mediante las cuales se tutela la Constitución. Si bien es cierto la noción aludida fue acuñada hace más de medio siglo, no puede decirse que en la actualidad haya penetrado completamente en el

⁴ Cfr. Astudillo, César, *El derecho procesal constitucional como derecho con especificidad propia para la garantía de la Constitución*, Madrid, Universidad Complutense, 2006, *in toto*.

lenguaje jurídico. Su falta de arraigo y la ausencia de una definición mayoritariamente aceptada ha producido, por ejemplo, que carezca todavía de una voz particular en las enciclopedias jurídicas, en donde se explique y detalle su contenido, lo que denota que aún no se tiene plena conciencia acerca de cuál es su objeto de estudio, cuál es su posición sistemática respecto al resto de disciplinas jurídicas y cuál es la metodología jurídica que debe emplearse en su reconstrucción.

La falta de “madurez” de la noción demuestra la dificultad de cualquier definición. No obstante, acaso sea prudente comenzar teniendo en cuenta que existen diversas formas de organizar la tutela jurídica de la Constitución, lo que da lugar al establecimiento de una noción amplia o restringida de DPC. Si tenemos presente la clásica bipartición avanzada por Calamandrei⁵ entre el modelo *judicial, difuso o americano* y el modelo *autónomo, concentrado o europeo* es evidente que es este último el que de forma más nítida deja ver la existencia de un DPC de carácter específico, en virtud de que se pueden identificar con mayor facilidad instrumentos procesales autónomos e, igualmente, órganos de garantía establecidos *ex profeso* para dirimir los contenciosos constitucionales, lo que hace suponer la presencia de una función constitucional particular que dentro de la dinámica de las funciones estatales se dirige a procurar, en exclusiva, la salvaguarda de la Constitución. Este criterio, no obstante, deja fuera un cúmulo de experiencias que han tomado como primer paradigma al modelo estadounidense y que paulatinamente se han ido acercando a un modelo mixto o incluso autóctono de control de la constitucionalidad.⁶ La consolidación de un sistema “híbrido” ha permitido ir perfilando ciertas especificidades, pues al original arreglo en el que las controversias constitucionales se dirimían en el ámbito del derecho procesal general, por cualquier juez, dentro de la sustanciación de cualquier controversia jurídica, se han ido añadiendo nuevos elementos para posibilitar la concentración de los conflictos de constitucionalidad en un órgano único, creándose a la vez instrumentos procesales de tutela a semejanza de lo que ha ocurrido en Europa, perfilando con ello un derecho procesal especial y particularizado.

⁵ Calamandrei, Piero, “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, vol. III, p. 350.

⁶ En relación a estos sistemas “híbridos”, Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 1998, pp. 27 y ss.

Necesario es tener presente también que en una primera aproximación el DPC puede entenderse desde una acepción “descriptiva” y desde una “prescriptiva”. Si se atiende a la primera, el DPC se considera simple y llanamente como el conjunto de reglas de procedimiento en las que se apoyan los órganos de tutela constitucional para resolver los conflictos constitucionales. En cambio, si se opta por la segunda, el DPC aparece como aquél conjunto de normas concernientes a las categorías jurídicas que hacen posible la tutela de la Constitución, en la medida en que coadyuvan a configurar una función, una jurisdicción y un proceso, todos con el adjetivo “constitucional”.

Visto lo anterior, interesa profundizar en una noción prescriptiva del DPC que no se disuelva en un ámbito meramente procesal, sino que tome en cuenta el decidido *status* constitucional de las normas encaminadas a la garantía constitucional, haciendo que la perspectiva de análisis suba un escalón para situarse en el ámbito de la constitucionalidad. Con esto presente, tomar en cuenta al modelo de control de constitucionalidad como único criterio diferenciador para la noción que pretendemos avanzar, desembocaría en una definición que incluiría solamente a aquellos sistemas de tipo europeo que con mayor nitidez han instituido una función constitucional particular, un tribunal constitucional como órgano *ad-hoc* y procesos constitucionales específicos para la sustanciación de los contenciosos constitucionales. La definición dejaría de lado aquellos sistemas que siguen el modelo americano e incluso los que han diseñado un sistema propio de conformidad con el contexto específico en el cual están destinados a operar. Si a esto le agregamos el hecho, por demás probado, que en la actualidad es difícil encontrar sistemas que sigan al pie de la letra las líneas maestras de los modelos paradigmáticos de control de constitucionalidad, constatamos que una definición de estas características sería sumamente restrictiva.

Por ello, más que una noción restringida debe preferirse una noción amplia del DPC, que se interese, ante todo y sobre todo, en la existencia de normas procesales específicas para promover la protección de la Constitución, tanto en su vertiente objetiva (procesos o procedimientos) como en la subjetiva (órgano de control), con independencia de si las mismas establecen una función constitucional específica, si se desarrollan al interior de la función judicial del Estado, y si crea una jurisdicción especial y especializada o se la confían al órgano cúspide de la función

judicial, a una de sus salas, a o determinados órganos dentro de su estructuración orgánica;⁷ el dato diferenciador reside entonces en la existencia de determinados procesos y procedimientos especiales para hacer posible la protección constitucional, alejados lógicamente de los procesos comunes, y en cuya resolución se emplean normas especiales que regulan la actuación de los órganos de tutela, a efecto de que pueda advertirse la separación entre el “orden procesal general” y el “orden procesal específico o constitucional”, pues son órdenes normativos a los que no puede dárseles la misma consideración, por existir entre ellos una diferenciación de grado y de contenido que los aleja de forma incontestable.⁸ En síntesis, lo que en verdad interesa es que los conflictos constitucionales se solventen a través de la utilización de un derecho procesal especial y no mediante el empleo de un derecho procesal ordinario o general.

III. PRIMERA TESIS.

LAS FORMAS DE APROXIMACIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El DPC puede abordarse bajo la pretensión de mostrar los elementos que consolidan la creación de una nueva disciplina científica o de analizar los perfiles que manifiesta en calidad de sistema normativo. La forma de aproximación al DPC concebido como nueva disciplina científica o como sistema de normas especializadas por el objeto, debe anclarse en perspectivas diferentes y utilizar enfoques y argumentos distintos con el objeto de enfatizar en lo que interesa a cada una.

El cúmulo de manuscritos latinoamericanos que circulan en relación al DPC conduce a una conclusión preliminar: existe la fuerte pretensión de una corriente académica por justificar la creación de una nueva disciplina científica encargada, en exclusiva, del estudio y sistematización de las

⁷ Sobre estas formas de organización, para el entorno de América Latina, Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, FUN-DAp, 2002, pp. 65 y ss.

⁸ En general Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “La giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione”, *Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Michele Nicoletti, Omar Brino (a cura di), Milán, Giuffrè, 2006, pp. 644 y ss.

categorías jurídicas encaminadas a la tutela de los ordenamientos constitucionales. En sus estudios es fácil advertir la apuesta por engrosar la ciencia procesal con una nueva disciplina que se encargue de profundizar en las vicisitudes de la dinámica procesal que se instaura con relación a pretensiones de carácter constitucional.⁹

No obstante, la observación de las contribuciones europeas demuestra un enfoque distinto; ahí, la construcción de una nueva disciplina científica ha pasado a segundo plano, porque lo relevante en ese entorno es el análisis concreto del sistema normativo que posibilita la representación procesal o jurisdiccional de contenciosos de naturaleza constitucional con el objeto de indagar en qué medida dicho sistema permite la adecuada canalización jurídica de las expectativas políticas; de qué manera utiliza el juez constitucional sus poderes de conducción de la secuela procesal e indagación de los hechos materia del conflicto; de qué forma el manejo y la interpretación de las normas procesales favorece las necesidades de tutela de intereses materiales, o bajo qué escenarios sus disposiciones pueden crearse y recrearse a partir de la propia dinámica jurisdiccional, sin la intervención del legislador, al que en principio corresponde dictar las normas de actuación de cualquier órgano jurisdiccional.¹⁰

Visto lo anterior, es notorio que existen dos formas de aproximación claramente definidas en torno al DPC: la primera como “disciplina científica”, y la segunda como “sistema normativo”. Una implica un posicionamiento que puede denominarse “teórico-abstracto” en virtud de que enlaza el “referente positivo” (normas) con el “referente científico” (doctrinas) a fin de demostrar la existencia de bases científicas sólidas para conformar una nueva disciplina dentro del ámbito de la ciencia jurídica. La otra supone una aproximación “concreto-positiva” que atiende sola-

⁹ Esta corriente ha sido encabezada principalmente por el maestro Fix-Zamudio y seguida de cerca por el profesor García Belaunde. Consúltense respectivamente, *La garantía jurisdiccional...*, cit., nota 1, p. 85, y *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 2000, pp. 53 y ss.

¹⁰ Esta corriente se desarrolla a partir del estudio de Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal constitucional”, en Häberle, Peter, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, presentación de Domingo García Belaunde, nota liminar de Joaquín Brage Camazano, Lima, Palestra Editores y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004, pp. 23 y ss.

mente al “referente positivo” y lo vincula a un “objeto específico” (la tutela constitucional), con la intención de profundizar en su concreto modo de ser y de representarse.

La importancia que se otorgue a cada uno de estos “ángulos visuales” permitirá acentuar aquellos perfiles que contribuyan a conferir al DPC el espacio que se merece dentro del concierto de las disciplinas jurídicas, o bien a profundizar en aquellos que precisen cuáles son los elementos que confieren especificidad a las normas que tienen un objeto determinado, en este caso, la tutela de la Constitución. En todo caso, empezar por el análisis específico del “referente positivo” para estar en condiciones de delimitar un entorno normativo particular y especializado por el objeto, representa el prerequisite indispensable para que el elemento extranormativo o “referente científico”, como también le hemos llamado, pueda cumplir con sus expectativas de ordenación, sistematización, racionalización y delimitación a fin de presentar al DPC como un conjunto sistemático de conocimientos que se consideran aptos para ser abordados y estudiados dentro de una de las parcelas en que se divide la ciencia jurídica. Esto conduce a concluir que si bien ambos análisis se alimentan, cada uno tiene que fundarse en un particular tipo de discurso en función de obedecer a intereses y finalidades distintas.

IV. SEGUNDA TESIS.

LA HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La reconstrucción de la historia del DPC depende de la atención que se brinde a la evolución de los precedentes que en determinados momentos históricos han llevado la intención de proteger un determinado tipo de normas, y de la capacidad de vincularlos con los modelos concretos que se han establecido con ese propósito dentro de la evolución del Estado constitucional.

Nadie parece poner en duda que uno de los momentos claves para el derecho constitucional en particular estuvo determinado por el instante en el que la Constitución se erigió en criterio único de legitimidad del conjunto de leyes y actos que dan vida a un particular ordenamiento jurídico. Ese momento crucial tiene uno de sus antecedentes más significativos en la experiencia estadounidense de finales del siglo XVIII y princi-

prios del XIX, pero resulta difícil negar que con el tiempo ha obtenido su más evolucionada representación en Europa, puesto que como principio de legitimidad, las Constituciones del siglo XX, principalmente aquéllas expedidas en la segunda posguerra, han tenido la capacidad de incorporarse a la dinámica de un autónomo y específico proceso constitucional en calidad de “criterio de enjuiciamiento práctico” para la resolución de los contenciosos constitucionales emanados de su propio entorno.¹¹

La narración de las vicisitudes de esta nueva representación de los textos constitucionales es una tarea que corresponde fundamentalmente a la historia; consecuentemente, la evolución de la tutela jurisdiccional de los textos fundamentales en su lucha por hacer realidad los valores y principios en ellos enunciados es una labor que sólo la historia del DPC puede determinar. Tomando en cuenta un referente estrictamente “temporal”, es necesario indagar en qué momento surge y cómo evoluciona la idea de un DPC, bajo los planteamientos apenas anotados.

La elaboración del *nomen iuris* DPC se debe a la agudeza intelectual del notable procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien en 1947 advirtió la ampliación del ámbito de influencia del proceso y de la ciencia procesal hacia espacios nuevos e inusitados, y bajo la premisa de avanzar una tipología de los procesos jurisdiccionales con base en la naturaleza del litigio, estableció por vez primera la existencia de un DPC.¹² El uso de la denominación apuntada llevaba implícita una decisión de orden metodológico tendente a ubicar el estudio científico de los mecanismos de tutela constitucional dentro de la órbita del derecho procesal. El pensamiento de Alcalá-Zamora fue rápidamente atendido por el maestro Héctor Fix-Zamudio, a quien corresponde el mérito de haber establecido la primera aproximación científica al concepto de DPC.¹³

¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto processuale costituzionale?”, en varios autores, *Giudizio a quo e proumovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffré, 1990, p. 105.

¹² Cfr. Alcalá-Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, Imprenta Universitaria, 1947, pp. 206 y 207.

¹³ Fix-Zamudio, *La garantía jurisdiccional...*, *cit.*, nota 1, pp. 57 y ss. Desde ese remoto trabajo, hasta su más reciente obra, el profesor Fix-Zamudio ha continuado bregando en el mismo tema, dando nuevas y renovadas luces sobre su problemática. Cfr., en último lugar, Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 67 y ss.

Sobre la base de las aportaciones de Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio, hoy en día, buena parte de la doctrina coincide en que el DPC cuenta con referentes *temporales, espaciales, normativos y personales* bien delimitados. Hay consenso en que la disciplina nace en 1920, en Austria, en su Ley Fundamental, gracias a su principal impulsor: Hans Kelsen.¹⁴

A pesar de lo anterior, para lograr una adecuada reconstrucción historiográfica, no puede pasar desapercibido que antes del empleo de este neologismo, el estudio de las formas de tutela de la Constitución se ha agrupado en torno a lo que se conoce como “justicia” y “jurisdicción” constitucionales, o “control de constitucionalidad de las leyes”. Si nos quedamos en un plano exclusivamente descriptivo podríamos hablar de una evolución lineal y únicamente semántica, pero si lo que nos motiva es encontrar una noción prescriptiva, existe la necesidad de advertir en donde se asienta la diferencia.

Hasta ahora, la nota diferencial ha venido consolidándose en torno a la pretensión de demostrar que la garantía de los ordenamientos constitucionales se realiza a través de mecanismos jurisdiccionales y formas procesales, y que toda reconstrucción dogmática debe partir de la teoría general del derecho procesal y no desde la teoría general de la Constitución. Tomando en cuenta este punto de partida, todo parece indicar que la historiografía del DPC no se remonta a un punto ininteligible del pasado, haciendo más fácil indagar sus orígenes concretos.

No obstante, lo que no puede perderse de vista, es que a pesar de que el concepto de DPC lleva implícita una pretensión metodológica evidente, no es posible perder la riqueza de conocimientos que sobre el particular existen, a pesar de desarrollarse sobre una orientación metodológica distinta. A esta conclusión nos lleva el hecho de considerar que el conjunto de adjetivaciones utilizadas por la doctrina tienen el denominador común de orientarse al análisis y estudio de los tentativos de tutela que se han venido construyendo en el tiempo bajo la expectativa de lograr una adecuada justiciabilidad del texto fundamental.

En este contexto, para una adecuada reconstrucción historiográfica del DPC debe distinguirse, al menos, que éste cuenta con tres tipos de precedentes, que pueden llamarse “remotos”, “positivos” y “doctrinales”.

Los “precedentes remotos” adquieren esta denominación porque tienen la función de recuperar la riqueza historiográfica alcanzada en torno

¹⁴ En general, Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa...*, cit., nota 13, pp. 71 y ss.

a las distintas ideas, nociones, principios y métodos concretos de organizar la salvaguarda constitucional en el curso de la historia. Forman parte, sin duda alguna, de las manifestaciones más añejas, pero no por ello menos importantes del DPC, en la medida en que atienden los aportes de aquellos modelos filosóficos, proyectos políticos, precedentes jurisprudenciales y doctrinas jurídicas que han preparado el terreno para el asentamiento de formas de tutela jurisdiccional para el máximo nivel normativo.¹⁵ El “precedente positivo” del DPC recupera en cambio el momento preciso, el concreto ámbito normativo y espacial en el que la tutela constitucional se ejerce mediante instrumentos de carácter jurisdiccional; y aunado a ello, lo que es bastante significativo, los “referentes doctrinales” que justificaron y en cierto modo apuntalaron dicha decisión.¹⁶

Más allá de los datos que únicamente sirven para vestir de sapiencia a las aportaciones doctrinales, interesa destacar que el referente positivo presenta dos elementos de la mayor trascendencia: un “elemento normativo” representado por el primer ordenamiento constitucional que desde el plano jurídico instituyó normas concretas e instituciones específicas para su propia tutela (la Constitución austriaca de 1920), y un “elemento doctrinal” o “especulativo”, representado por las bases teóricas que fundamentaron y que siguen soportando en la actualidad la institucionalización de una jurisdicción constitucional, en la medida que buena parte de los ingenieros constitucionales han adoptado fielmente los conceptos kelsenianos como lenguaje oficial al momento de edificar sus órganos de garantía constitucional.¹⁷

No se trata de señalar cuál es el ordenamiento que dio vida al primer Tribunal Constitucional de la historia, ni exponer la justificación kelseniana al respecto. Se trata de reconstruir el desarrollo del derecho constitucional y evidenciar el sustancial enriquecimiento que a partir de ese momento se produjo en él, al adquirir el atributo necesario para presen-

¹⁵ En este sentido, Luther, Jörg, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*, Turín, G. Giappichelli, 1990, pp. 17 y ss.

¹⁶ Cfr. Ermacora, Felix, “Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco”, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*, Carlo Roehrsen (a cura di), Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 34 y ss.

¹⁷ Bases teóricas que no están completamente sistematizadas y que se encuentran en alrededor de siete contribuciones, entre libros y artículos. Buena parte de ellos se encuentran compilados en Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, Carmelo Geraci (a cura di), Milán, Giuffrè, 1981.

tarse como un derecho superior y peculiar por su capacidad de erigirse como un derecho “autogarantizado”, cuya validez y efectividad se hace depender exclusivamente de sí mismo. Igualmente, de comprender la paradoja que se esconde tras la institucionalización jurídica del DPC, en donde se desprende que si bien las garantías jurisdiccionales que se emplean para la tutela de la Constitución no pueden ser adjetivadas como políticas, se insertan a un entorno plenamente político, haciendo que desempeñen una función política innegable.

Los “precedentes doctrinales” presuponen que la materia o el objeto de estudio se encuentra ya establecido y delimitado, preocupándose por debatir el ángulo de observación científica a partir del cual ese objeto habrá de ser sistematizado. Por lo tanto, no se está frente al problema de determinar en qué momento surgen los instrumentos de tutela constitucional como nuevo objeto de estudio, sino en el momento de determinar su metodología científica más adecuada. Se trata, en consecuencia, de analizar cuál es la naturaleza de esa materia y cuáles sus peculiaridades a efecto de advertir dónde está su “espacio” dentro del concierto de las disciplinas jurídicas, y quiénes y bajo qué perfiles deben acometer a su estudio y racionalización.

Si lo que interesa es indagar la “metodología adecuada” del DPC, existen elementos para sostener que el debate en torno a su “espacio jurídico” se advierte tempranamente dentro de los trabajos de los III y IV *Congresos de Juristas Alemanes* de 1862 y 1863, donde se hizo patente el debate en torno al carácter privado, público o procesal del control de constitucionalidad de las leyes, en la medida que Rudolf von Jhering sostuvo que estábamos frente a un problema de fuentes del derecho concerniente al derecho civil; Bluntschli, que era una cuestión de derecho público porque en buena medida de dicho control dependía la existencia misma del Estado y, finalmente, von Gneist, quien sostenía que era un tema relativo al poder de los jueces de abordar la cuestión prejudicial de la ley, lo que hacía del asunto un problema netamente procesal.¹⁸

La problemática aludida pasa igualmente por la contraposición metodológica surgida entre los seguidores del formalismo, con Kelsen a la cabeza, y Triepel, Schmitt, Smend y Heller, como sus principales detractores, en donde el control de constitucionalidad de las leyes se explicó bajo los principios de ambas metodologías hasta desembocar, como no podía

¹⁸ En general, acúdase a Luther, *Idee e storie...*, cit., nota 15, pp. 141 y ss.

ser de otra manera, en conclusiones totalmente contrarias.¹⁹ En ese entorno resalta por su significación el doble debate en el que participó directamente el maestro de la escuela de Viena: primero con Triepel en 1928, en relación a la “esencia y desarrollo de la justicia constitucional” y después con Schmitt, entre 1929 y 1931, sobre “quién debía ser el guardián de la Constitución” en donde quedó fijada con total nitidez la doble concepción, política y jurídica, del control de constitucionalidad.²⁰

Finalmente, por su trascendencia, es inevitable referirse a los trabajos del *Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil de Florencia* de 1950, pues es el ámbito en donde de forma más clara se produjo la disociación de una tendencia “constitucionalista” y una tendencia “procesalista”, en la medida en que quedó constancia de que en torno al tema de la ponencia principal relativa al “control de constitucionalidad de las leyes”, era perfectamente posible fundar dos tipos de discursos jurídicos. La discusión entre protagonistas de la talla de Esposito, Andrioli, Calamandrei y Carnelutti, intentó dilucidar el carácter jurisdiccional o político del Tribunal constitucional, la naturaleza del juicio de constitucionalidad, el método procesal o constitucional que debía emplearse en su análisis y el espacio científico que debía reconocerse a la disciplina jurídica encargada de su estudio.²¹

Las cuestiones discutidas quedaron abiertas, tal cual permanecen en la actualidad, hecho que amerita, como el mismo Carnelutti señaló en ese Congreso, “nuevas y más profundas reflexiones” sobre el particular; sin embargo, lo que no parece estar en duda es que la ruta de esas reflexiones no puede desconocer una evolución tan rica de perfiles y perspectivas que sólo la historiografía del DPC se encuentra en posibilidades de proporcionar.

¹⁹ En general, Lanchester, Fulco, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionalistico tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milán, Giuffrè, 1985, pp. 86 y ss.

²⁰ Estos debates son bien conocidos, por lo que resulta útil remitir, para el primero, a Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 94, 124, 133 y 218; y para el segundo, a Fioravanti, Maurizio, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, Milán, Giuffrè, 2001, t. II, pp. 605 y ss.

²¹ Las memorias del Congreso se encuentran reunidas en varios autores, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile*, Padova, CEDAM, 1953, pp. 27 y ss.

V. TERCERA TESIS.

EL MÉTODO PARA LA SISTEMATIZACIÓN CIENTÍFICA
DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

No es pensable la sistematización del DPC como disciplina científica o sistema normativo, si no se establece una metodología adecuada para afrontar las particularidades de su objeto de estudio. Por ende, más que emplear los códigos lingüísticos de las disciplinas que se disputan su estudio, es necesario profundizar en el discurso a efecto de analizar sus perfiles a la luz de las distintas teorías jurídicas que lo condicionan.

Desde el punto de vista teórico-abstracto, el DPC encierra una importante decisión metodológica en torno al espacio y al perfil metodológico adecuado para abordar su objeto de estudio. La paradoja que se encierra en el hecho de vincular garantías jurisdiccionales al ámbito en donde se desarrolla el proceso político, ha dado pie a la existencia de dos discursos jurídicos basados en dos ópticas bien diferenciadas que sobre la misma sustancia o materia han avanzado en formas de explicación alejadas una de otra.

Tener como categorías centrales una función de control o garantía, un tribunal u órgano de tutela y un proceso o procedimientos, todos bajo el adjetivo “constitucional”, ha generado que la ciencia constitucional y la ciencia procesal intenten la reconstrucción sistemática de los principios del DPC bajo sus propios “códigos lingüísticos”, dando lugar a investigaciones ajenas a la multidisciplinariedad y asentadas en un exclusivo y excluyente “monismo metodológico”.²²

No obstante, si consideramos que el DPC representa el espacio en el que convergen las máximas garantías del ordenamiento jurídico debemos concluir que en esa coyuntura de convergencia existe una riqueza conceptual que difícilmente puede ser captada bajo un único ángulo de observación, so pena de generar un empobrecimiento notable y una visión parcial de todas las vicisitudes que se generan y que hay que tener muy presentes para comprender a cabalidad las posibilidades de que los textos constitucionales acometan a su propia garantía.

²² Ruggeri, Antonio, “Dottrine della costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)”, *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 347 y ss.

La aseveración señalada conduce a escapar de los moldes tradicionales y discursos unilaterales, cerrados, rígidos y en cierto sentido parciales. Si se observa con detenimiento, la historiografía del DPC ha evidenciado que nos encontramos frente a un tema que involucra importantes conocimientos en torno a la producción del derecho, la unidad del poder y los órganos del Estado, las formas de autoprotección de los textos constitucionales y las formas jurisdiccionales que racionalizan métodos concretos para la pacificación de cualquier conflicto normativo. Por ello, más que seguir bregando en torno al discurso rígido y que avanza paralelamente entre lo procesal y lo constitucional, es necesario aproximarse al DPC a la luz de los principios fundamentales de las teorías jurídicas y no tanto de las disciplinas científicas. El cambio de perspectivas sugiere poner la discusión en un nivel de análisis más concreto y especializado para integrar conocimientos provenientes de la *teoría de la Constitución*, la *teoría de la interpretación constitucional*, la *teoría de la justicia constitucional*, la *teoría de las fuentes del derecho* y la *teoría general del derecho procesal*, sin olvidar el elemental apoyo que transversalmente puede brindar la ciencia del *derecho comparado*.

En este orden de ideas, parece más oportuno construir un método jurídico adecuado, de conformidad con los “fines” y las “expectativas” perseguidas, tal cual lo sugirió Orlando a finales del siglo XIX en sus relevantes *Criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del derecho público*.²³ Puede convenirse entonces que el análisis y la reconstrucción dogmática del DPC necesitan realizarse a través de una técnica particular y abierta que dé cuenta de los mecanismos o procedimientos lógicos y sistemáticos que confieran especificidad a la disciplina y de los que deba servirse para alcanzar sus propios fines analíticos.

Por ello, frente a las posibilidades ofrecidas por un “monismo metodológico”, y en aras de esa riqueza de perfiles, el camino del “pluralismo metódico” se presenta más atractivo y enriquecedor, pues representa una vía de escape a la rigidez de los códigos lingüísticos de cada disciplina y posibilita un diálogo interdisciplinario que deberá procurar en todo momento la integración y no sobreposición de aquellas perspectivas que condicionan un objeto de estudio que es toral para el Estado constitucio-

²³ *Criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del derecho público*, Bolonia, E. Garagnani, 1889, p. 4.

nal en tanto afecta al mantenimiento de la supremacía del texto constitucional y la unidad y continuidad del ordenamiento jurídico.

VI. CUARTA TESIS.

LA NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La naturaleza del DPC difícilmente podrá definirse si se continúa bregando en torno a discursos que corren paralelamente como el procesal y el constitucional, y si no se proyectan las categorías de tutela constitucional a un espacio en el que puedan estudiarse desde sus múltiples perfiles.

En torno al DPC se han construido dos discursos autónomos y claramente identificados que sustentados en métodos propios y visiones específicas, han conducido el análisis de las garantías jurídicas de la Constitución sobre senderos distantes, provocando su desembocadura en conclusiones no del todo coincidentes. La bifurcación de ideas puede agruparse en torno a un “discurso procesal” y a un “discurso constitucional”.²⁴

La idea fundamental que subyace al discurso procesal se ancla en la intención histórica de generar la “unidad” de principios del derecho procesal, pues en cuanto pretensión originaria, constituye una de las exigencias elementales en que se asienta la disciplina desde el momento en que Carnelutti, en 1925, señalara: “el derecho procesal es fundamentalmente uno” y sus distintas disciplinas deben distinguirse, no por el hecho de tener diversas raíces, sino por constituir las grandes ramas en que se divide un único tronco.²⁵ Anclados en dicha pretensión, se advierte un ensanchamiento de las ramas procesales identificadas por su nivel de especialización, en virtud que la jurisdicción constitucional se incorpora al ámbito procesal en calidad de jurisdicción especializada y el proceso constitucional, dentro de la tipología respectiva, pasa a considerarse como un proceso particularizado en función de su objeto. Ni que decir tiene que la alineación realizada hace que el DPC comparta automáticamente los rasgos elementales o los principios comunes de las normas procesales, esto

²⁴ Sobre el particular, Luther, *Idee e storie...*, cit., nota 15, p. 3.

²⁵ Carnelutti, Francesco, “Prove civile e prove penali”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. II, parte I, Padova, CEDAM, 1925, p. 3.

es, su naturaleza pública, su carácter instrumental y su imperatividad; produce también que su reconstrucción científica se guíe bajo el método sistemático, aglutinando los tres grandes conceptos en que se ancla la ciencia procesal y, finalmente, que la interpretación e integración de sus normas no suponga problemas distintos a los de cualquier otra norma jurídica.²⁶

Contrario a lo anterior, la tendencia constitucionalista basa su argumentación en la necesidad de preservar la “unidad” de principios del derecho constitucional, advirtiendo que en esta materia y de forma particular, la disociación entre lo sustancial y lo procesal no debe concebirse de forma rígida ante la necesidad de que las Constituciones dispongan de normas adjetivas de autogarantía que conformen su “Constitución material”. Su exigencia de unidad de principios constituye también una añeja aspiración de la doctrina constitucional desde la conocida prelucción de Santi Romano, en 1903, donde se explicó con autoridad que el derecho constitucional representa la unidad esencial de principios generales del derecho público sin que pueda considerarse solamente una rama de éste, en virtud de que constituye su tronco mismo, a partir del cual emanan las demás ramas particulares del derecho.²⁷ Anclada en esta exigencia, se ha señalado la importancia de que las normas procesales constitucionales tengan un tratamiento específicamente constitucional por constituir una especie de “derecho constitucional concretizado” y por servir a las jurisdicciones constitucionales para concretizar la Constitución.²⁸ El DPC adquiere, desde estas perspectivas, una especificidad manifiesta que implica que su sistematización deba realizarse a partir de una metodología decididamente constitucional que coadyuve a redefinir el valor que se les reconoce como normas jurídicas de peculiaridades indiscutibles, que identifique sus particulares criterios de interpretación e, incluso, sus puntuales métodos de integración.

La ausencia de un diálogo entre perspectivas ha motivado férreos posicionamientos teóricos que no hacen sino constatar la rigidez de los

²⁶ Característico de este discurso es González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 39-41.

²⁷ Romano, Santi, “Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche”, *Scritti minori*, V. I, *Diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 207 y 208.

²⁸ El trabajo más representativo de esta tendencia es el de Häberle, “El derecho procesal constitucional...”, *cit.*, nota 10, pp. 23 y ss.

postulados en que se asienta tanto la ciencia procesal como la ciencia constitucional.²⁹ Si para el derecho procesal la exigencia de abordar autónomamente lo adjetivo de lo sustantivo configura un presupuesto elemental, para el derecho constitucional esta separación es inviable ante la necesidad de integrar su derecho adjetivo y sustantivo en la unidad material del ordenamiento constitucional. Si para el derecho procesal la necesidad de reconstruir las categorías del DPC sobre la certeza y predeterminedación de las estructuras procesales es una exigencia que está en la base de su ideología, para el derecho constitucional es necesario que parte de esas categorías aparezcan bajo adecuadas dosis de ductilidad o maleabilidad para que el guardián de la Constitución pueda hacer frente al conjunto de expectativas y vicisitudes que emanan de la complejidad intrínseca de los conflictos de naturaleza constitucional. Si el derecho procesal necesita a la jurisdicción como fuente de autoridad externa para garantizar la eficacia de sus normas, el derecho constitucional no requiere de otra autoridad para procurar su vinculatoriedad pues se ha dotado directamente de su jurisdicción, al margen y por encima de la jurisdicción ordinaria, su órgano de tutela y sus procesos y procedimientos de autogarantía.

Un panorama como éste demuestra que difícilmente podrá existir una salida adecuada al antagonismo de perspectivas si no se confiere autonomía al objeto de estudio del DPC, a fin de rescatarlo de los dos discursos que sólo limitan, constriñen y empobrecen su riqueza conceptual. Esto supone otorgar a las categorías jurídicas que posibilitan la tutela constitucional una especial dignidad para ubicarlas en un espacio de estudio independiente que pueda emplear los instrumentos de un método abierto y plural para que mediante su implementación puedan ir emergiendo todas aquellas especificidades que hacen del DPC un sistema de normas de características excepcionales.

²⁹ Parte de esa rigidez se evidencia en la diferencia de perspectivas sobre la relación del derecho procesal y el constitucional sostenida por Micheli y Crisafulli. *Cfr.* Crisafulli, Vezio, "Profili costituzionali del diritto processuale", *Stato e Diritto. Rivista Bimestrale di Studi Giuridici*, Fasc. 1, Roma, Studium Urbis, enero-febrero de 1941, p. 41. Micheli, Gian Antonio, "Profili o presupposti costituzionale del diritto processuale?", *Stato e Diritto. Rivista Bimestrale di Studi Giuridici*, Fasc. 6, Roma, Studium Urbis, noviembre-diciembre de 1941, pp. 445 y ss.

VII. QUINTA TESIS.

LA CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Para comprender el DPC es necesario advertir las influencias que han condicionado al proceso, desde la perspectiva procesal, y a los guardianes de la Constitución, desde la perspectiva constitucional. De ahí podrán rescatarse algunos elementos para constatar que el DPC contiene una “intrínseca ambigüedad” por estar constreñido a responder a exigencias de certeza y predeterminación jurídica emanadas de las formas jurisdiccionales, en un entorno en donde la ambigüedad e indeterminación caracterizan a la sustancia constitucional.

Desde el punto de vista doctrinal, el discurso procesal es el que actualmente parece gozar de mayores adhesiones. Es así porque la idea de un derecho “del” proceso constitucional, con énfasis en el objeto “proceso” parece haber ganado bastante terreno. Sin embargo, no puede olvidarse que el neologismo DPC puede evocar otra idea, la de un derecho procesal “de la” Constitución, lo que cambia significativamente la concepción que sobre el mismo pueda tenerse en la medida en que se otorga mayor relevancia al elemento “Constitución”. La centralidad conferida a cada uno de estos componentes explica por sí misma la tensión existente en torno a su ámbito de estudio.

Es evidente que entre ambos objetos existe una inescindible vinculación ya que un proceso constitucional sin Constitución es sencillamente imposible, y una Constitución sin proceso constitucional sólo es posible si se sacrifica parte del valor de la Constitución como norma efectiva y vinculante. Su relación, en cambio, es bastante peculiar; por un lado es una relación de “equilibrio”, pues mientras el proceso sirve a la efectividad de la Constitución, la Constitución sirve como garantía jurídica del proceso. Pero por otro, es una relación de “desequilibrio”, pues la Constitución no sólo representa la norma que fundamenta al proceso, sino aquella que lo organiza y lo delimita; además, y esto es también lo significativo, es la norma que coadyuva a su conformación práctica en la medida que como norma fundamental se incorpora a la dinámica procesal en calidad de norma sustancial o norma parámetro. Esta realidad conduce a que aquellas exigencias encaminadas al tratamiento autónomo de las

formas respecto a la sustancia, difícilmente puedan acogerse en su totalidad.³⁰

Si en general se reconoce que las normas del derecho procesal no pueden ser sino un reflejo de las normas sustanciales a cuyo servicio se disponen, es evidente que el proceso, cada tipo de proceso, adquiere sus propios matices con base en el derecho diferenciado que debe ser aplicado para decidirlo. Si éste es un principio básico de la doctrina procesal, la peculiar relación que se origina entre el proceso y la Constitución hace aún mayor la influencia de la materia sobre la forma. ¿Por qué? Porque al ser el proceso constitucional un proceso con *status* constitucional por la fuente de la que emana, y al ser constitucional la materia a cuya salvaguarda está dispuesto, no puede sino resentir el gran influjo de las normas constitucionales. En este sentido, su reconstrucción dogmática no puede dejar de observar en qué forma las normas constitucionales condicionan su dinámica procesal. Si el derecho constitucional es un derecho que se caracteriza por las altas dosis de indeterminación y vaguedad de su lenguaje, sí es un derecho en constante tensión entre lo normativo y lo fáctico, y sí tiene que mediar entre las exigencias del derecho y las necesidades de la política, es sumamente improbable que dichas manifestaciones dejen de trasladarse al proceso constitucional.³¹ Por el contrario, el proceso constitucional recibe y refleja esa ambigüedad en al menos dos sentidos: en la conformación misma del proceso constitucional, es decir, en los elementos que lo estructuran y le dan vida, y en la propia mecánica procesal, al ser la Constitución el principal canon de enjuiciamiento.³²

La realidad anterior parece generar un desencuentro entre los objetos “proceso” y “Constitución”. Mientras que la noción de proceso y el bagaje doctrinal que le subyace representan, desde el punto de vista de la

³⁰ Cfr. Almagro Nosete, José, “Tres breves notas sobre derecho procesal constitucional”, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 155.

³¹ Sobre las características del derecho constitucional, importantes reflexiones en Triepel, Heinrich, *Derecho público y política*, prólogo, trad. y apéndices de José Luis Carro, Madrid, Civitas, 1974, pp. 42 y ss. En sentido similar, Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz, prólogo de Tomás Ramón Fernández, Madrid, Civitas, 1987, pp. 61 y ss.

³² En este sentido, Carrozza, Paolo, “Intervento”, Pizzorusso, Alessandro y Romboli, Roberto, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Turin, G. Giappichelli, 2002, pp. 345 y ss.

estructura, el paradigma de la certeza y la predeterminación jurídica, la noción de Constitución y la construcción científica que la precede es, desde el punto de vista del contenido, el paradigma de la indeterminación y de la ambigüedad por los presupuestos en que se sostiene. De ahí que su vinculación no deje de ser problemática, puesto que al unirse se produce un sacrificio, así sea parcial, de los elementos que los caracterizan en lo individual; por ende, es difícilmente sostenible una posición rígida sobre el particular, ya que el proceso constitucional no puede erigirse como el paradigma de la certeza normativa, pero tampoco como un instrumento de la incertidumbre jurídica. Es este el resultado, negativo si se quiere, de la unión de una garantía que es política en la sustancia pero jurisdiccional en la forma. Forma jurisdiccional y sustancia política han encontrado un espacio de expresión común en el DPC que impone una debida armonización con el objeto de lograr un equilibrio en el que se eviten los extremos de “politizar” al proceso constitucional, y de “procesualizar” la actividad política.³³

Lo anterior no debe llevar a sostener que la ambigüedad que rodea a los instrumentos de tutela constitucional sea solamente achacable al contenido de un lenguaje constitucional que intenta racionalizar la esfera de lo político. Gran parte de la responsabilidad tiene su origen en la indecisión original de Hans Kelsen en torno al carácter del tribunal constitucional, porque en su calidad de impulsor originario de los presupuestos y las bases teóricas de la garantía jurisdiccional de la Constitución, no fue capaz de disipar las dudas que aquejaban al nacimiento de un órgano que en ese momento no tenía parangón.³⁴ Esa indefinición quedó abierta y así ha permanecido hasta nuestros días. La aparente solución con que se ha pretendido cerrar la discusión, en el sentido de que los garantes constitucionales tienen la “doble vocación” de ser órganos ju-

³³ Como adecuadamente apunta Zagrebelsky, las garantías de la Constitución “no pertenecen a la política pero tienen una función política. Comprender esta paradoja significa penetrar en la esencia de la democracia”. Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti, La Corte costituzionale e la politica*, Turín, Giulio Einaudi Editore, 2005, cita de la portada.

³⁴ Esas indefiniciones se advierten principalmente en Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 54. Amplias referencias a esta contradicción de pensamiento en Giovannelli, Adriano, “Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione «politica» della Corte costituzionale”, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milán, Giuffrè, 1983, pp. 242 y ss.

risdccionales y órganos constitucionales autónomos a la vez, es la muestra más palpable de que no existe una teoría jurídica adecuada que explique fehacientemente qué tipo de función se ejerce en la salvaguarda de la Constitución, qué carácter debe reconocerse al órgano que ha de llevarla a cabo, cuál es el ámbito en donde está llamado a funcionar y qué lugar ocupa en el sistema constitucional de división de poderes.³⁵

La ambigüedad que emana del lenguaje constitucional y la insuficiencia demostrada por las aportaciones doctrinales fortalece la convicción de construir un sistema de normas adjetivas que ofrezcan plena certidumbre y objetividad a la tutela constitucional. Sin embargo, a la necesidad de la objetividad se contrapone la necesidad, igualmente trascendente, de que los interpretes supremos cuenten con márgenes de libertad suficientemente amplios para poder reaccionar frente a los distintos requerimientos del sistema constitucional. Esto conduce a que la valoración en torno a cuál de los elementos resulta más relevante se realice desde distintos ángulos y perspectivas.

Para llegar a esa valoración es necesario analizar las tesis principales de quienes promueven la idea de la “objetivación”, destacando cómo han influido en ellas las bases ideológicas en las que se asienta el derecho procesal como ciencia, y el Tribunal Constitucional como institución.³⁶ En este sentido, no se puede perder de vista el impacto que dentro de las aportaciones doctrinales de Chiovenda y de Kelsen tuvo el movimiento alemán del “derecho libre” (*Freirecht*), impulsado por Bülow, y la doctrina del “espíritu popular” (*Volksgeist*), porque la profunda influencia que generaron en el ámbito académico y jurisdiccional, empujaría a ambos juristas a la confección de sendas teorías ancladas en la inexorable necesidad de regenerar la confianza en la ley, de restablecer el vínculo del juez a la misma y de disolver cualquier forma de discrecionalidad judicial.³⁷

³⁵ En general, Pérez Royo, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 16 y 17.

³⁶ Importantes planteamientos en Prieto Sanchís, Luis, “Presupuestos ideológicos y doctrinales de la justicia constitucional”, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 80.

³⁷ Las implicaciones de ambos movimientos, desde el punto de vista constitucional, pueden verse en Volpe, Giuseppe, *Il costituzionalismo del novecento*, Roma, Laterza, 2000, pp. 19 y ss., y 49 y ss. Para un acercamiento desde el perfil procesal, Calamandrei,

Tampoco puede dejar de observarse que dichas construcciones doctrinales se apoyaron desde su nacimiento en similares pretensiones de “autosuficiencia”, pues ambos autores estaban convencidos de que el problema de la objetivación debía encontrarse en la predeterminación ofrecida por las categorías procesales y en la racionalidad brindada por la jurisdicción constitucional, lo cual motivó su desinterés por el análisis del influjo causado por las normas materiales, en un entorno en el que la pretensión principal era dotar a sus teorías de autonomía y validez científica universal.³⁸

Desde el momento en que las teorías de Chiovenda y de Kelsen se asentaron en el entorno científico, no pasó mucho tiempo para que brotaran importantes manifestaciones que, oponiéndose a sus premisas, reprocharon al primero la “escisión del derecho procesal del derecho material o sustancial”, y al segundo, el desprecio a la “fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional”.³⁹ Esa oposición permite advertir que paulatinamente se ha generado un movimiento propenso a conferir una nueva importancia al elemento “material”. La aparición de renovados planteamientos ha posibilitado cambios significativos en la forma de analizar el derecho procesal y de entender a la jurisdicción encargada de la tutela constitucional, advirtiéndose cada vez con mayor claridad que el estudio dogmático de los mecanismos de garantía constitucional no puede sustentarse en tesis ancladas exclusivamente en la naturaleza de las formas y en premisas como las de certeza, racionalidad o predeterminación jurídica, sino que a lado de estos elementos, constitutivos de verdaderos valores fundamentales del Estado de derecho de matriz liberal, es necesario analizar con igual detenimiento el contexto

Piero, “Appunti sul concetto di legalità”, *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, vol. III, pp. 80 y ss.

³⁸ La contribución que constata el esfuerzo de sistematizar la ciencia procesal desde una perspectiva de autosuficiencia se encuentran en Chiovenda, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, Santiago Sentís Melendo (trad.), Valparaíso, EDEVAL, 1992, pp. 17 y ss. El esfuerzo de Kelsen por instaurar un sistema de garantías para el modelo de Constitución que tenía en mente se advierte en Kelsen, *La garantía jurisdiccional...*, cit., nota 34, p. 20.

³⁹ Respectivamente, Carnelutti, Francesco, “Torniamo al «giudizio»”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, núm. I, 1949, p. 167. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998, p. 84.

de la sustancia, o lo que es lo mismo, el objeto “Constitución”, desde el punto de vista de sus implicaciones con el Estado constitucional.⁴⁰

Este sólo hecho conduce igualmente a un análisis escrupuloso de los cambios suscitados en los paradigmas jurídicos para observar cómo la ideología y el método mismo sobre el que dichas teorías se han desarrollado, han mutado radicalmente, y cómo la consolidación del Estado constitucional, con un nuevo paradigma de Constitución como estandar-te, ha impuesto una profunda transformación de los principios de certeza jurídica y de legalidad, y una notoria afirmación del principio de constitucionalidad, generando que los valores en que se anclaba el Estado liberal tengan que ser ponderados con aquellos que se han desarrollado a la luz del nuevo modelo constitucional.⁴¹

Por lo anterior, la caracterización del DPC de nuestros días tiene inexorablemente que tomar en cuenta la vertiente de las formas, con sus exigencias en favor de la certeza, la predeterminación y la objetividad, compatibilizándolo con el espacio de la sustancia, con base en las características con las que aparece el tipo, la extensión y los valores del renovado dominio constitucional.

VIII. SEXTA TESIS.

LA DUCTILIDAD DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El DPC necesita constituirse como un derecho de manifiesta ductilidad para estar en aptitud de adecuarse a las distintas expectativas emanadas del texto constitucional, y para que el órgano de garantía pueda regular por sí mismo la forma, el momento, el lugar y el grado de intensidad de su intervención institucional a fin de modular el impacto que sus decisiones producen en el sistema constitucional.

Como derecho instrumental, el DPC adquiere unos perfiles, una particularidad, o una especificidad propia con base en la naturaleza del derecho al que debe servir. En este sentido, empieza a ser común que se presente bajo el atributo de la “ductilidad”, ante su necesaria y manifiesta

⁴⁰ Sobre ambos contextos, respectivamente, Cappelletti, Mauro, *Processo e ideologie*, Bologna, Il mulino, 1969, p. V. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, pp. 33 y 122.

⁴¹ Sobre el particular, Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, cit., nota 40, p. 34.

capacidad de adaptación o acomodación a las diversas situaciones, objetivos y finalidades constitucionales, lo que deja entrever que en el fondo demuestra su disposición para adquirir variadas estructuras de acuerdo a las exigencias que está llamado a satisfacer dentro del ordenamiento. La lógica de esta manejabilidad descansa en que todas las exigencias que se desprenden del derecho de la Constitución tienen que encontrar su correspondiente reflejo en el campo adjetivo si quieren encontrar una óptima realización.

La Constitución, por ser la norma fundamental del Estado, tiene que responder a un conjunto de exigencias que emanan de su función constitutiva y ordenadora. Esto supone la búsqueda de fórmulas de compromiso para posibilitar un acuerdo razonable entre sus exigencias de estabilidad y de cambio; entre su propensión a la sobrecarga ideológica, por su evidente perfil axiológico, y su necesidad de afianzar instrumentos procesales para introducir márgenes de neutralización política, e incluso, entre la recíproca armonización de los mecanismos para atender las pretensiones y los fines de la tutela objetiva del derecho respecto de aquellas que se desprenden de la tutela subjetiva de los derechos. En este contexto tan peculiar, el DPC difícilmente tiene más opción que presentarse como un sistema normativo dúctil, flexible y sobre todo abierto al acoplamiento a las concretas y muy distintas realidades y exigencias que se presentan en el entorno constitucional.⁴²

Su capacidad para representarse como un derecho instrumental “versátil” aparece como un atributo esencial por las posibilidades que ofrece para brindar una salida flexible a la tensión cambio-permanencia a la que está sujeto el ordenamiento jurídico. Por ello, no es de extrañar que se manifieste como un derecho con aptitudes para estabilizar los contenidos constitucionales cuando se requiera fijar en la conciencia social el sistema de valores que le subyacen; o que muestre su capacidad para facilitar la evolución de dichos contenidos cuando exista el imperativo de enriquecer su significado como consecuencia de la incesante transformación social. En síntesis, debe aparecer como el hilo conductor o la pieza de

⁴² En general, Zagrebelsky, “Diritto processuale...”, *cit.*, nota 11, pp. 119 y ss. También Mezzanotte, Carlo, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografica Veneziana, 1984, pp. 70 y 71.

equilibrio entre la conservación de la Constitución “escrita” y la innovación que emerge de la Constitución “efectiva”.⁴³

Además, frente al progresivo ensanchamiento de la materia constitucional, merced a las características de un lenguaje de textura abierta, vaga e indeterminada, es necesario encontrar en el DPC aquellos elementos que coadyuven a mantener la cualidad imperativa de sus prescripciones, el carácter técnico-jurídico de sus mecanismos de garantía y el ejercicio objetivado de los poderes del órgano de garantía constitucional, para que estén en condiciones de erigirse en contrapeso elemental a la natural ambigüedad de la norma sustancial y se interpongan como verdaderas herramientas de neutralización de los poderes del guardián de la Constitución frente a la progresiva acentuación de su carácter político.

Con base en los dos tipos de tutela —objetiva y subjetiva— a que se encamina, el DPC debe ponerse en “línea de tensión” entre las exigencias que derivan del interés general y las que surgen del interés particular. Su ductilidad debe hacerlo proclive a sensibilizarse frente a las necesidades del sistema de gobierno por un lado, y frente a las expectativas de justicia que emanan del cuerpo social, por el otro;⁴⁴ debe permitir una respuesta razonable cuando el conflicto constitucional acentúe el interés general y se ponga en términos de “macroconstitucionalidad”, o cuando privilegie los intereses individuales y se represente en términos de “microconstitucionalidad”. Incluso, debe estar en aptitud de facilitar vías de salida para aquel contexto en el que las necesidades apremiantes del sistema constitucional conduzcan a rechazar el conocimiento de conflictos particulares en ausencia de un interés general, o conflictos con alto contenido político, cuando esa actitud se considere indispensable para salvaguardar la autoridad, integridad, independencia y legitimidad de los guardianes de la Constitución.⁴⁵

Derivado de lo anterior, el DPC debe permitir que sea el propio órgano de garantía el que determine las formas, los momentos, los lugares y

⁴³ Por ello, el DPC debe ser uno de los principales instrumentos para favorecer la mutación constitucional. En general, acúdase a la clásica obra de Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 210 y 211.

⁴⁴ Cfr. Zagrebelsky, “Diritto processuale...”, *cit.*, nota 11, pp. 119 y ss.

⁴⁵ En argumento, Panunzio, Sergio “Qualche riflessione sulla «elasticità» delle regole procedurali nel processo costituzionale”, en varios autores, *Giudizio a quo e proumovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 261 y ss.

el grado de intensidad de su intervención institucional, modulando el tiempo y el contenido de sus decisiones de acuerdo al “impacto ambiental” que puedan producir en el contexto institucional, y de conformidad con las necesidades que en cada momento emanen del ordenamiento jurídico.⁴⁶

En consecuencia con lo anterior, la complejión más adecuada bajo la que puede representarse el DPC parece ser aquella que advierta un justo equilibrio entre la existencia inexorable de normas vinculantes para que la maquinaria garantista de la Constitución se desarrolle conforme a cánones jurídicos preconstituidos, y la exigencia, igualmente trascendente, de preservar la natural necesidad de que cualquier guardián de la Constitución disponga de ámbitos propios de actuación, adecuados a la función y al papel que desarrolla dentro de su respectivo sistema constitucional. En este sentido, no queda otro camino que armonizar la necesidad de contar con “reglas” que disciplinen el proceso constitucional, y la oportunidad de que el proceso mismo se conduzca con plena “regularidad”, de modo que al mismo tiempo de mostrar firmeza y claridad para encauzar el desarrollo de la dinámica jurisdiccional, aparezcan con una portada “razonablemente flexible” para cumplir adecuadamente con la pluralidad de expectativas constitucionales que se desprenden de la ley fundamental.⁴⁷

IX. SÉPTIMA TESIS.

LA ORIGINALIDAD DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El DPC debe estar en condiciones de ofrecer un conjunto de categorías normativas autónomas, adecuadas al derecho diferenciado que se encamina a servir, y estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales, en virtud de que individualmente demuestran una lógica y una finalidad específicas. Debe

⁴⁶ Bogneri, Giovanni “La Corte costituzionale tra procedura e politica”, en varios autores, *Giudizio a quo e proumovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990, p. 226.

⁴⁷ Cfr. Ruggeri, Antonio, “I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale ed alle loro possibile innovazione)”, en Pizzorusso, Alessandro y Romboli, Roberto, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Turin, G. Giappichelli, 2002, p. 409.

permitir, además, que los órganos de garantía constitucional creen determinadas categorías procesales para perfilar con mayor pulcritud las especificidades de sus instrumentos de tutela.

La especificidad del DPC es todavía una asignatura pendiente de afrontar con rigor y profundidad. Si bien se ha ido construyendo de forma paulatina desde el ámbito concreto y particular de la jurisprudencia constitucional, desde un punto de vista teórico-abstracto es posible advertir que el reconocimiento de sus particularidades ha chocado con obstáculos significativos, desvelando una debilidad importante dentro del sistema de garantías constitucionales, si se presupone al menos que dentro del entorno procesal y del constitucional, una idea constante y arraigada exige la plena y necesaria adaptación entre el “espíritu” y el “cuerpo”.⁴⁸

El desarrollo del DPC se ha ajustado a una concepción apegada a las ideas, principios y estructuras del proceso civil, aproximándose con el correr del tiempo a las líneas fundamentales del proceso administrativo, y más recientemente a la noción de proceso y procedimiento jurisdiccional.⁴⁹ Esta forma de actuar ha detenido cualquier intento de avanzar en la reconstrucción de normas específicas para la realidad del proceso constitucional, pues como conjunto normativo de una especificidad manifiesta, por su “intrínseca ambigüedad” cuenta con los elementos para conformar una categoría “general” de normas.⁵⁰ Ha imposibilitado, igualmente, que se advierta a plenitud que la realidad del proceso constitucional tampoco es uniforme y que se necesita una tipología propia de los procesos constitucionales que dé pie a categorías “particulares”, en plural, con el objeto de dar cuenta de los perfiles que los individualizan dentro del contexto de un mismo género.⁵¹ Consecuentemente, una con-

⁴⁸ En argumento, Calamandrei, Piero, “Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio”, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1962, p. 235.

⁴⁹ De forma general, D’Amico, Marilisa, “Giustizia e processo costituzionale”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, Milán, núm. 1, 1994, pp. 49 y ss.

⁵⁰ Véase Ruggeri, Antonio, “Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale”, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Antonio Ruggeri (a cura di), Turín, G. Giappichelli, 1994, pp. 1 y 2.

⁵¹ Al respecto, Zagrebelsky, Gustavo, *Processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1989, p. 522.

sideración amplia de DPC debe estar en condiciones de ofrecer un género propio de categorías normativas adecuadas al derecho diferenciado al que se encamina a servir, y a la vez, favorecer la creación de estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales, en virtud de que cada uno obedece a una lógica distinta.

Una primera explicación en relación a la ausencia de especificidad puede encontrarse en la profunda influencia que la doctrina procesal italiana ejerció en Europa, y de forma más intensa en América, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sobre el particular, es necesario recordar que a partir de la expedición de la Constitución italiana, en 1947, gran parte de los esfuerzos de la doctrina procesal de ese país se encaminaron al análisis de la nueva *Corte costituzionale*, logrando consolidar en poco tiempo una importante masa de conocimientos en relación a las implicaciones de la justicia constitucional. De la mayor relevancia fueron los estudios de Calamandrei, Carnelutti y Cappelletti, por ejemplo, pero sin duda alguna la figura de Virgilio Andrioli debe ser resaltada, pues fue quien advirtió por vez primera las notables diferencias existentes entre las categorías procesales que se habían establecido para gobernar los procesos ordinarios y las que, en su caso, deberían gobernar a los procesos constitucionales.⁵²

A pesar de la convicción de Andrioli en relación a la inminente especificidad del DPC, el recorrido posterior fue aminorando esa carga de particularidad. Poco a poco comenzó a deslizarse una tendencia hacia la importación de categorías de otros procesos, incluidas sus explicaciones teóricas, al espacio del proceso constitucional.⁵³ Fueron básicamente las categorías del proceso civil, el proceso más añejo y mejor estructurado por la ciencia procesal, las que se utilizaron en la conformación del proceso constitucional, operando una simple y no siempre bien pensada ampliación de significados con objeto de ajustarlas, en lo posible, a la nueva institución.

La originalidad y autonomía del DPC sufrió, en consecuencia, una fuerte involución; en lugar de construirse presuponiendo su “emancipa-

⁵² Andrioli, Virgilio, “Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Padova, CEDAM, 1953, p. 50.

⁵³ Sobre esta cuestión, D’Amico, Marilisa, *Parti e processo nella giustizia costituzionale. Studio introduttivo*, Turin, G. Giappichelli, 1991, pp. 18 y ss.

ción”, pasó a convertirse en un conjunto de disposiciones producto de la “extensión” de categorías ya consolidadas en la tradición *iuscivilista*, generando, desde entonces, una dependencia procesal irregular, de “especie a especie” y no de “genero” a “especie”, colocando al DPC en un entorno de dependencia directa del derecho procesal civil y no del derecho procesal general.⁵⁴ Esa automática extensión de significados fomentó la pérdida de “identidad” de las cualidades intrínsecas que deberían mostrar las normas procesales constitucionales, al grado que no es difícil advertir que gran parte de los desajustes que en la actualidad se observan en su funcionamiento tienen su explicación en la ausencia de una plena adaptación entre el cuerpo y el espíritu, entre la forma y la sustancia.⁵⁵

La doctrina constitucional jugó un papel importante en esta cuestión ya que, convencida de la naturaleza jurisdiccional de la Corte, se interesó preponderantemente en el estudio de su función en el sistema constitucional, su *status*, sus elementos estructurales, sus relaciones con los demás poderes, y de los eventuales efectos de sus resoluciones, sin reparar en el tipo de normas instrumentales que implicaba su eficaz funcionamiento.⁵⁶

No obstante lo anterior, todo aquel que se aproxime a la doctrina alemana de la época de Weimar podrá darse cuenta que en su entorno existían importantes pronunciamientos a favor de la especificidad del DPC. En Carl Schmitt, por paradójico que pueda parecer, se encuentran enriquecedores argumentos a favor de la especificidad de lo que hoy conocemos como procesos constitucionales. En efecto, en su *Teoría de la Constitución* y en el opúsculo en el que rebate la teoría kelseniana del guardián de la Constitución, el destacado profesor alemán estableció la existencia de una diferencia “fundamental” entre lo que representa un fallo procesal y uno de contenido político. A su juicio, la premisa principal de la que debía partir la justicia constitucional se encontraba en el establecimiento de un concepto claro de proceso constitucional —o “litigio constitucional”, como le llamaba—; noción que sólo podía alcanzarse si

⁵⁴ Cfr. Zagrebelsky, “Diritto processuale...”, *cit.*, nota 11, p. 113.

⁵⁵ D’Amico, *Parti e processo...*, *cit.*, nota 53, p. 20.

⁵⁶ En argumento, Pizzorusso, Alessandro, “Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale”, *Diritto giurisprudenziale*, Mario Bessone (a cura di), Turín, G. Giappichelli, 1996, p. 142.

se partía de un concepto “bien entendido” de Constitución;⁵⁷ porque desde su perspectiva, las particularidades de la “estructura y el contenido” de dicho proceso se derivaban de forma exclusiva, “de su inmediata relación real con la Constitución”.⁵⁸

Es también Schmitt quien tempranamente intuye la individualidad de los procesos constitucionales al advertir que no es posible identificar un “conflicto constitucional”, una “reclamación constitucional” y un “procedimiento judicial” para resolver dudas y diferencias de opinión sobre la interpretación de leyes constitucionales, pues responden a lógicas diferentes que deben encontrar su adecuado reflejo normativo.⁵⁹ Y es quien advierte que los futuros estudios dogmáticos sobre el tema deberán evitar caer en las redes de los rígidos caminos marcados por la metodología formalista y por la sistemática procesal, ya que el proceso constitucional, a diferencia de los demás, no puede recrearse sino es en consonancia con la esencia de la Constitución.⁶⁰

El pensamiento de Schmitt, en consonancia con el de Triepel, fue un referente para la plena reivindicación de la especificidad del DPC enunciada por el Tribunal constitucional alemán en el “Informe” de su *status* de 1952.⁶¹ En el importante documento aprobado por el Pleno, destaca en primer lugar la particularidad del Tribunal Constitucional con base en un criterio “teleológico y jerárquico” al autodesignarse como “supremo guardián de la Constitución” y como “órgano constitucional investido de la máxima autoridad”.⁶² En segundo lugar, se establece su especificidad y la de los procesos constitucionales con base en un criterio “objetivo” al

⁵⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, presentación de Francisco Ayala, epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid, Alianza editorial, 1982, pp. 126 y 127.

⁵⁸ Cfr. Schmitt, *La defensa...*, *cit.*, nota 39, p. 94.

⁵⁹ *Teoría...*, *cit.*, nota 57, pp. 126 a 133.

⁶⁰ *La defensa...*, *cit.*, nota 39, p. 120.

⁶¹ Cfr. “Bericht des Berichterstatters des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 1952”, en Leibholz, Gerhard, “Der Status des Bundesverfassungsgerichts” (El *status* del Tribunal Constitucional), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Band 6, Neue Folge, 1957, p. 129. Sobre el particular, Cappelletti, Mauro, “La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (Naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)”, *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1960, p. 403 y ss.

⁶² “Informe”, citado por Schneider, Hans Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Democracia y Constitución*, prolog. Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 196.

señalar que su singularidad frente al resto de tribunales radica en que se ocupa de “contenciosos jurídicos de naturaleza política, en los que se discute sobre derecho político y lo político mismo se hace —en el marco de normas jurídicas con fuerza de obligar— objeto de un juicio de constitucionalidad”.⁶³ Finalmente, abunda en la particularidad del DPC, no por el órgano que lo ejerce o por la esencia de su naturaleza, sino por el órgano que lo produce. Desde este criterio “formal” se advierte que “la función creadora de derecho del Tribunal constitucional federal se observa también en el hecho de estar llamado a *regular con mayor precisión su proceso* en el marco de los principios generales regulados por la ley a través del uso del Tribunal o del Reglamento de funciones interno y así *adaptar el proceso* a las exigencias de los grupos de supuestos particulares” —cursivas nuestras—.⁶⁴

La construcción de la originalidad o especificidad del DPC parece tener un mayor y mejor desarrollo en el entorno alemán y no en el italiano, que siempre nos ha sido una realidad más próxima; al margen de ello, es necesario subrayar otro dato de la mayor significación: que la especificidad del DPC no se basa únicamente en la peculiar naturaleza de los conflictos constitucionales sino en sus concretas formas de producción, pues reconocer en el órgano de garantía constitucional una fuente autónoma de normas procesales significa modular el significado que hasta ahora ha tenido el principio de configuración procesal legislativa.

X. OCTAVA TESIS.

EL CARÁCTER INQUISITIVO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El DPC se ha enriquecido con prescripciones que refuerzan la autoridad del juez constitucional en la búsqueda de la verdad al interior de los procesos que tutelan expectativas constitucionales, instaurando así un débil equilibrio entre el principio de instancia de parte y el principio de oficialidad, y advirtiendo el renovado interés que Estado y Constitución demuestran por los conflictos surgido en su seno.

⁶³ “Informe”, citado por Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., presentación de Conrado Hesse, trad. A. López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 849.

⁶⁴ “Informe”, citado por Rodríguez-Patrón, Patricia, “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 62, mayo-agosto de 2001, p. 126, en nota 5.

Hemos señalado que los instrumentos de tutela constitucional se encuentran arrojados en primera instancia por el orden constitucional; si se admite este presupuesto y se conviene que a dicho orden subyace un elemental interés general, entonces es posible caracterizar al DPC como un derecho de carácter inquisitivo cuya positivización demuestra el significativo reforzamiento de la autoridad del Estado dentro de aquellos procesos y procedimientos dispuestos a la tutela de expectativas emanadas de la propia Constitución.⁶⁵

La caracterización del DPC expresa un problema constitucional emanado de una particular forma de entender la relación entre el Estado, los órganos por medio de los cuales se manifiesta, y los individuos, en tanto titulares de derechos y libertades. En este contexto, el análisis detenido de la posición y papel del juez constitucional dentro de un proceso constitucional en el que se resuelven las disputas entre los órganos estatales, o entre el Estado y el ciudadano, resulta de la mayor relevancia si se observa al menos que la aparición del Estado como auténtico “Estado constitucional”, ha supuesto un aumento de poderes de este peculiar “árbitro” con el objetivo de dotarlo no sólo de poder sino de autoridad para que pueda cumplir con eficacia y dignidad la relevante tarea de controlar las formas de expresión del poder estatal y garantizar las libertades fundamentales de los individuos.

Esa mayor autoridad encontró uno de sus extremos en la propuesta doctrinal de Kelsen de dotar al Tribunal Constitucional de iniciativa “oficiosa”.⁶⁶ La intención del maestro de la escuela de Viena no era que el Tribunal se erigiese como “procurador” permanente de la Constitución; le interesaba más bien establecer las bases para que una vez activado, tuviera amplias libertades en la inspección de los vicios de inconstitucionalidad. La propuesta no fructificó en ese momento, pero al menos dejó entrever que la necesidad de incorporar el principio inquisitivo como elemento definidor de la garantía jurisdiccional de la Constitución ha sido una preocupación real.⁶⁷

⁶⁵ Sobre el particular, Fix-Zamudio, *La garantía...*, cit., nota 1, pp. 93 y ss.

⁶⁶ Recordemos que Kelsen llega a proponer el establecimiento de un “defensor de la Constitución ante el Tribunal Constitucional”. *La garantía jurisdiccional...*, cit., nota 34, p. 90.

⁶⁷ En general, Caravita, Beniamino, *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. I, La Corte costituzionale austriaca*, Padova, CEDAM, 1985, pp. 45 y ss., y 105 y ss.

Si se tiene en cuenta lo anterior, es fácil advertir las razones que justifican que en la actualidad el único elemento que el DPC mantiene del principio dispositivo sea el de “instancia de parte” o “justicia rogada”: a través de él se ha pretendido modular el poder de inspección tan intenso que se deposita en los guardianes de la Constitución. Esto no quiere decir que se compartan las demás implicaciones de dicho principio; el “interés superior” a la constitucionalidad del ordenamiento y el acomodo estructural de los procesos constitucionales para dar cuerpo a ese interés, produce que algunas categorías y principios férreamente asentados en otro tipo de procesos jurisdiccionales difícilmente encuentren aplicación en este ámbito. En virtud que los procesos constitucionales no pueden considerarse procesos de “partes”, puede válidamente darse que categorías como la “suspensión”, la “interrupción”, la “caducidad”, el “desistimiento”; o incluso principios procesales tan importantes como el de “congruencia”, puedan emplearse en ellos.

Las pretensiones constitucionales que esta clase de procesos deben satisfacer niegan cualquier posibilidad de que sus promotores puedan disponer de su dinámica procesal desde el momento en que el tribunal los tiene bajo su gestión.⁶⁸ La práctica de estos órganos evidencia una constante que determina que desde el momento en que son activados y entran en funcionamiento, se conducen bajo el principio de oficialidad. Esto supone dotarlos de suficiente autoridad para que puedan realizar cuantas gestiones sean necesarias para formarse un criterio sólido respecto a la constitucionalidad de determinadas normas o en relación a la existencia histórica de hechos que sean relevantes para la emisión de su pronunciamiento, a fin de que tengan elementos para contemplar el problema “desde todos los ángulos y puntos de vista posibles” y aproximarse a la verdad constitucional.⁶⁹ El juez constitucional, en consecuencia, no solamente se distingue por realizar ejercicios abstractos de compatibilidad normativa, sino por conducir ejercicios de valoración concreta de hechos y situaciones que son los que a final de cuentas evidencian el ensanchamiento de su ámbito de gestión procesal. Estos poderes pueden emplearse en distin-

⁶⁸ En este sentido Weber, Albrecht “La jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2003, p. 521. En perspectiva diferente, González Pérez, *Derecho procesal...*, cit., nota 26, p. 188.

⁶⁹ Vega, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Estudios políticos constitucionales*, México, UNAM, 1987, p. 306.

tas etapas procedimentales y con diferentes finalidades, por ejemplo: en la dirección del proceso, ya que corresponde exclusivamente al juez marcar las pautas dentro del *iter* procesal como consecuencia de la máxima de instrucción; en la selección y determinación del material probatorio, pues está en posibilidad de ampliar el conjunto de pruebas aportadas por los promoventes, disponiendo de todos aquellos medios de prueba que crea oportunos para la “búsqueda de la verdad constitucional”, entre los que destacan la audiencia de los interesados, los testimonios, los peritajes, el consejo de expertos, la solicitud de documentos y actos, o de cualquier otra información de las diversas autoridades; en la investigación de los hechos materia del conflicto, pues está autorizado para indagar las situaciones que fundamentan la demanda de manera autónoma, sin vincularse a las alegaciones de las partes; en la valoración libre de las pruebas, a las que puede dar una u otra significación dependiendo de su fuerza para crear convicción en el jugador respecto a la constitucionalidad de un acto, hecho o ley impugnada; y finalmente en la capacidad manifiesta para verificar de manera autónoma todas las hipótesis de inconstitucionalidad.⁷⁰

El desplazamiento de las alegaciones de los interesados y la consecuente disminución de sus poderes de impulso representa el elemento clave en la configuración de una mayor libertad decisoria del juez constitucional, ya que le permite interpretar ampliamente, e incluso replantear, el *thema decidendum* del proceso, permitiendo que pueda abocarse al estudio, análisis y resolución de cuestiones que originalmente no fueron planteadas. Posibilita, además, que el juez ponga el proceso delante de la realidad concreta con el objeto de que valore las consecuencias de sus sentencias a fin de proceder a una eventual moderación de sus efectos inmediatos, o que lo sitúe frente al resto de valores constitucionales con la finalidad de realizar un juicio de ponderación para determinar el valor que debe prevalecer dentro de un caso concreto.⁷¹

Como puede apreciarse, la caracterización del DPC como derecho inquisitivo, es necesaria para explicar la predisposición de los órganos de

⁷⁰ Sobre el particular, *cfr.* Groppi, Tania, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 77 y ss., esp. 112 y ss.

⁷¹ Al respecto, Bordanal Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, t. I, pp. 29 y ss.

garantía a eliminar progresivamente los obstáculos para el ejercicio del control de constitucionalidad, como en los casos en que modulan los requisitos para la “admisibilidad procesal”; que dispongan con meridana libertad del objeto del proceso, ampliándolo y anulando normas que no fueron impugnadas originalmente como en los supuestos de la “inconstitucionalidad consecuencial”; que ejerciten una autónoma iniciativa de control de normas infraconstitucionales, como cuando emplean la denominada “autocuestión de inconstitucionalidad”, o que atemperen la fuerza de sus decisiones mediante soluciones ponderadas caso por caso, como en aquellos casos, cada vez más extendidos en la actualidad, en la que dictan “sentencias manipulativas”.⁷²

XI. NOVENA TESIS.

EL VALOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El DPC debe encontrar el justo equilibrio entre la necesidad de que existan reglas claras y preconstituidas que otorguen certeza al desenvolvimiento del proceso constitucional, y la exigencia, igualmente trascendente, de que los órganos de tutela constitucional puedan usufructuar la elasticidad de sus categorías procesales para adecuarlas a exigencias concretas y estar en condiciones de consolidar una auténtica política jurisprudencial.

Una de las cuestiones más significativas del DPC se halla en la necesidad de saber el tipo de valor que debe asignarse a las normas que lo conforman, con la finalidad de averiguar si se adaptan a la lógica de las normas procesales, imbuidas en una “imperatividad” estricta, si se ajustan a las normas constitucionales, con su “ductilidad” manifiesta, o en su caso, si obedecen a una lógica diferente.

El valor de las normas mediante las que se hace frente a la tutela de la Constitución difícilmente puede inferirse desde un plano estrictamente teórico porque se ve necesitado de la observación cuidadosa de la dinámica judicial para extraer elementos que expliquen las formas en que son

⁷² En general, Rodríguez-Patrón, Patricia, *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003, p. 26; *id.*, “La libertad del Tribunal...”, *cit.*, nota 64, pp. 134 y ss.

aplicadas. El análisis de esa práctica demuestra la tendencia de los órganos de tutela constitucional a manejar las categorías procesales que configuran su proceso de manera incierta e irregular; incierta porque en muchas ocasiones proceden a crear sus propias normas, sin que haya posibilidad de conocerlas previamente por los usuarios, e irregular porque a veces dejan de aplicar el mismo criterio ante casos significativamente similares, procediendo al cambio de criterio jurisprudencial. Esta constatación conduce a advertir que con base en la amplia libertad con que se les puede manejar, las normas procesales constitucionales expresan un alto grado de “ductilidad”, “maleabilidad” o “flexibilidad” que de alguna manera pone en entredicho su pretendido carácter vinculante.⁷³

Si las normas del proceso constitucional adquieren su verdadera significación a través de la interpretación jurisprudencial, se comprende el papel que la jurisprudencia está asumiendo en este rubro, pues en la actualidad es cada vez más difícil separar DPC y jurisprudencia constitucional, cuestión que, vista desde la óptica procesal, podría estar en contradicción con algunas directrices emanadas de la propia lógica de estas normas, en específico, con el principio que impone a la ley como principal fuente creadora y estructuradora del proceso. Esto mismo advierte la dificultad de contar con un complejo normativo cierto y predeterminado, esto es, con un DPC codificado y racionalizado, en virtud de que las normas formales que lo configuran han ido diluyéndose poco a poco dentro de la práctica judicial, cediendo paulatinamente frente a la “omnipotencia” del derecho jurisprudencial.⁷⁴

El tratamiento conferido a las reglas instrumentales podría tener una explicación en los deseos de protagonizar una especie de activismo judicial garantista. No obstante, la cuestión obedece más bien a causas vinculadas a la pérdida de “identidad” del DPC por los obstáculos existentes

⁷³ Para algunos ejemplos concretos de este manejo, Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 168 y 169. Romboli, Roberto, “Il processo costituzionale dopo l’eliminazione dell’arretrato. Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio «senza proceso»”, *Quaderni costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, 1989, pp. 598 y ss. Gómez Montoro, Ángel J., “Comentario al artículo 40”, en Requejo Pagés, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 578 y ss., 608 y ss.

⁷⁴ Angiolini, Vittorio, *La “manifesta infondatezza” nei giudizi costituzionali*, Padova, CEDAM, 1988, p. 7.

para obtener autonomía de otros tipos procesales, sin poder afirmar plenamente sus especificidades; igualmente, al exceso de rigidez que demuestran algunas categorías procesales importadas de otros procesos, que fracasan en su intento de regular situaciones concretas del proceso constitucional cuya complejidad difícilmente acepta soluciones homogéneas y estandarizadas; y finalmente, a las deficiencias en el diseño institucional de algunas normas que sirven a la dinámica del proceso constitucional.⁷⁵

El manejo que los órganos de garantía constitucional han conferido a sus normas de actuación ha sido duramente criticado desde el espacio de quienes sostienen un modelo “jurisdiccional” de justicia constitucional, y ha sido ampliamente justificado por quienes sostienen un modelo de tipo “político”. Pero más allá de ello, es preciso entender que el DPC representa un entramado normativo que se encuentra en una “línea de tensión” entre las reivindicaciones que emanan de su cualidad imperativa y las que surgen de la necesidad de ponderar la certidumbre o predeterminación jurídica que deben propiciar, con otros bienes constitucionales igualmente dignos de ser salvaguardados.

El valor otorgado al DPC no es uniforme en todos los casos. Varía de conformidad con la centralidad que se otorgue a determinados criterios. Si se distingue, por ejemplo, entre modelos procesales de contenido objetivo o subjetivo, es posible concluir que el valor de las normas se distingue en función del tipo de bienes jurídicos protegidos, en la coloración, más política o más jurisdiccional que adquiere el proceso con base en su contenido, y en el perfil con el que actúa el órgano de garantía, en funciones de órgano político en unos casos, o en funciones de órgano jurisdiccional en otros.⁷⁶ Si se considera además que cualquier guardián de la Constitución goza hoy en día de una posición institucional particular que lo hace representarse como órgano terminal de amplios poderes interpretativos, con la posibilidad de delimitar su propia competencia bajo un conjunto de decisiones que gozan de una especie de intangibilidad, al no encontrarse sometidas a ningún tipo de impugnación dentro de la jurisdicción nacional, no es difícil concluir que la ponderación final del valor, de la mayor o menor imperatividad del DPC queda siempre en sus manos, justamente por su calidad de “órgano de cierre del sistema constitu-

⁷⁵ D'Amico, *Parti e processo...*, cit., nota 53, pp. 20 y 26.

⁷⁶ Zagrebelsky, “Diritto processuale...”, cit., nota 11, p. 108.

cional” ubicado en una posición de independencia y autonomía que lo emancipa de cualquier tipo de interferencias externas e, igualmente, de cualquier forma de control jurídico. Finalmente, si se observa que las normas procesales constitucionales emanan de fuentes legislativas o heterónomas y de fuentes jurisdiccionales o autónomas, es posible inferir que los órganos de garantía se “vinculan” a las primeras y se “autovinculan” a las segundas. En su calidad de normas que provienen de valoraciones legislativas generales, la vinculación a las fuentes heterónomas es menos intensa en virtud de su incapacidad para contemplar todos los supuestos normativos del conflicto constitucional o para tener en cuenta las necesidades concretas de su dinámica procesal; en virtud de que las fuentes autónomas emanan de la propia visión de los tribunales, se produce una vinculación más intensa en cuanto las prescripciones ahí establecidas representan ejercicios de autorregulación producto de necesidades reales que surgen de vicisitudes procesales particulares.

Lo anterior confirma la menor vinculación de los jueces constitucionales a sus normas procesales, en relación a la que mantienen el resto de los jueces.⁷⁷ La naturaleza de su función y su posición institucional dificultan su sujeción a “vallas demasiado estrechas”, pudiendo escapar de sus ataduras cuando lo consideren conveniente para la adecuada satisfacción de las pretensiones constitucionales, sin que existan medios de reacción jurídica frente a este manejo de sus categorías instrumentales. Por lo tanto, no puede sino reconocerse que la peculiar flexibilidad, ductilidad o maleabilidad de dichas categorías, y la discrecionalidad en su uso están, en cierta medida, implícitas en la naturaleza del DPC. En consecuencia, los órganos de garantía constitucional se encuentran constreñidos a encontrar el justo equilibrio entre la necesidad de que existan reglas claras y preconstituidas que otorguen certeza al desenvolvimiento del proceso constitucional, y la exigencia igualmente trascendente de no encontrarse inmovilizados a efecto de usufructuar positivamente la natural elasticidad de sus categorías procesales y estar en condiciones de consolidar su propia “política jurisprudencial”.⁷⁸

⁷⁷ La expresión corresponde a Leibholz. Cfr. “Informe”, citado por Cappelletti, “La actividad y los poderes...”, *cit.*, nota 61, p. 405, nota 56.

⁷⁸ Cfr. Onida, Valerio, “Considerazione introduttive e sul valore delle norme integrative”, en Pizzorusso, Alessandro y Romboli, Roberto, *Le norme integrative per i giudizi*

XII. DÉCIMA TESIS.

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El DPC goza de una especificidad interpretativa que se deriva de la capacidad de los órganos de garantía para perfeccionar y erigirse en jueces únicos de su propio derecho procesal, conformar autónomamente su instrumental hermenéutico y realizar la interpretación simultánea de los dos polos esenciales del ordenamiento jurídico. En ejercicio de ella, han ido conformándose pautas interpretativas orientadas a consolidar el carácter instrumental y funcional de las normas procesales a fin de que demuestren una mayor dosis de “sensibilidad” frente a las exigencias y expectativas expresadas por las normas constitucionales.

Resulta válido comenzar cuestionándose si la interpretación de las normas que gobiernan al proceso constitucional no plantea problemas distintos a los que genera la interpretación de otras normas jurídicas o si, por el contrario, plantea cuestiones propias que deben dar lugar a la existencia de una interpretación sometida a determinadas especificidades.

La respuesta parece ser la segunda, pues como hemos señalado, los principios elementales del DPC se asientan en la Constitución y en función de ello, la problemática de la interpretación constitucional se convierte automáticamente en la del DPC. En este contexto, los elementos que confieren especificidad a la interpretación del DPC se advierten, en primera instancia, bajo una aproximación al “objeto” de la interpretación y al “sujeto” de la misma. El objeto de la interpretación es la Constitución misma, a la que el DPC sirve en calidad de derecho instrumental y de la que emana como tal, presuponiendo que con base en su naturaleza, a las características de su lenguaje y a su posición de supremacía goza de una interpretación particular. El carácter extraordinario del poder interpretativo reconocido al órgano descende, en consecuencia, de la naturaleza “extraordinaria” del parámetro de constitucionalidad. El sujeto de la interpretación está conformado por su o sus intérpretes, quienes coadyuvan a conferir especificidad interpretativa al DPC. Esta especificidad no se asienta únicamente en su carácter de intérpretes privilegiados del texto constitucional; se basa, ante todo, en la posición institucional en que se

encuentran porque es lo que permite que realicen su función sin atenerse a un “canon” preestablecido de métodos interpretativos, y lo que es más significativo, que corresponda a ellos mismos determinar autónomamente los métodos o los principios para efectuar la interpretación constitucional.⁷⁹

A partir de estos elementos comunes es posible inferir algunos más que se aplican únicamente para advertir la especificidad interpretativa del DPC. Comencemos señalando que hoy en día, la mayoría de sistemas constitucionales abren la interpretación de la Constitución a la totalidad de poderes públicos y de particulares, pero en todos ellos existe un intérprete “privilegiado” que se encarga de la aplicación de la Constitución con efectos vinculantes; el DPC como instrumento primario para facilitar dicha aplicación pasa a ser un derecho de uso exclusivo y excluyente. Por otra parte, hemos dicho que el sistema de fuentes del DPC se construye a partir de una voluntad ajena a la de los propios órganos de garantía (fuentes heterónomas), a la que inexorablemente se vinculan, pero se completa y perfecciona mediante actos normativos emanados de la propia voluntad (fuentes autónomas), a los cuales se autovinculan. Esta posibilidad, reconocida en exclusiva a los órganos de garantía, conduce a destacar que en la dinámica institucional dichos órganos aparecen como autores o legisladores de su propio DPC, pero a la vez, y esto es lo significativo, como intérpretes últimos y destinatarios únicos del conjunto de fuentes “sobre” los órganos de garantía constitucional.⁸⁰ Adicionalmente, dada su condición de órganos de cierre del sistema constitucional, existe una evidente ausencia de controles sobre los métodos de interpretación utilizados y sobre los resultados interpretativos mismos. El único control existente es el autocontrol, y la única posibilidad de volver a abrir el expediente interpretativo debe emanar de la propia voluntad de los órganos de garantía. Finalmente, la especificidad interpretativa se justifica porque toda interpretación de una norma procesal constitucional impli-

⁷⁹ En este sentido, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “La giurisdizione costituzionale...”, *cit.*, nota 8, p. 637.

⁸⁰ *Cfr.* Carnevale, Paolo, “«Ecce iudex in ca(u)sa propria». Ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)”, *L'organizzazione e il funzionamento della corte costituzionale*, Pascuale Costanzo (a cura di), Turin, G. Giappichelli, 1995, p. 36.

ca la realización de “dos interpretaciones jurídicas” complementarias: una en relación a las normas que se ponen como objeto de su enjuiciamiento, regularmente normas infraconstitucionales, y otra respecto a las normas constitucionales que se ponen como medida o criterio del mismo, generalmente normas constitucionales. La función principal del juez es armonizarlas a través de diversos cauces interpretativos, pero en aquellos casos en que no exista dicha posibilidad, el empleo de sus poderes de anulación se vuelve inexorable.⁸¹

Las peculiaridades emanadas de los órganos de garantía constitucional por su función de co-legisladores, por su capacidad de ser los jueces únicos de sus propias fuentes, de conformar autónomamente su instrumental hermenéutico, y por su aptitud para realizar la interpretación simultánea de los dos polos esenciales del ordenamiento jurídico, permiten subrayar la especificidad interpretativa del DPC.

Ahora bien, los métodos de interpretación del DPC que los propios órganos de garantía han ido perfilando con el transcurso del tiempo, indican algunas pautas interpretativas homogéneas que no se pueden desdeñar; por ejemplo, los guardianes de la Constitución parecen rechazar que los significados del DPC se descubran mediante una “interpretación literal”, pues la tecnicidad de gran parte de sus categorías impone que el alcance de sus contenidos se desvele a través de una “interpretación prescriptiva” que ante todo respete la esencia de sus postulados. Se resisten también al empleo de una “interpretación cerrada” o autosuficiente, que intente determinar el significado de las normas procesales y materiales en ejercicios autónomos de interpretación, dado que su carácter instrumental y su fuerte orientación hacia los valores que subyacen al ordenamiento constitucional propicia que las normas instrumentales demuestren una mayor dosis de “sensibilidad” frente a las exigencias y expectativas expresadas por las normas sustanciales. En cambio, parecen concordar con una “interpretación abierta” que conduzca al juez a interpretar las normas de su proceso conjuntamente y en armonía con las normas materiales que expresan exigencias de justicia material; este proceder en ocasiones los ha constreñido a modular los efectos generados por el proceso constitucional a fin de alcanzar una adecuada protección de los distintos bienes

⁸¹ Sobre el particular, Pierandrei, Franco, *Corte costituzionale. Estratto. Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1962, p. 982.

jurídicos objeto de tutela sin que se produzcan indebidas “conmociones” dentro del sistema de las fuentes.

La práctica jurisprudencial indica, además, que su metodología interpretativa se muestra contraria a admitir una “interpretación estática” que obstaculice la evolución del significado de las normas adjetivas, rezagándolo en comparación a los renovados contenidos que periódicamente adquieren las normas materiales como consecuencia de las mutaciones del entorno. Por el contrario, concebidos como instrumental para la promoción, actualización y renovación permanente del texto constitucional, los guardianes de la Constitución parecen inclinarse por una “interpretación evolutiva” que facilite la adaptación del derecho material a la realidad efectiva mediante la *praxis* jurisprudencial. Finalmente, conscientes del cambio de paradigma jurídico, la metodología interpretativa adoptada por los garantes constitucionales parece haber consolidado el rechazo a la “interpretación formal” basada en las directrices del positivismo jurídico y, en cambio, parece perfilar cada vez con mayor intensidad una “interpretación valorativa” del DPC, pues al igual que el conjunto de normas materiales, se encuentra orientada hacia los valores superiores del orden constitucional, en concordancia con el modelo de Estado constitucional imperante.

La predisposición que enseñan los sistemas de justicia constitucional hacia la garantía y realización de los valores y principios fundamentales ha motivado que nadie dude en considerarlos componentes inescindibles de cualquier ordenamiento constitucional, al grado que más de uno ha señalado que comportan un valor constitucional en sí mismo. Esta consideración, anclada en la relevancia con que actualmente se valoran los mecanismos de tutela constitucional, ha conducido a que algunos guardianes de la Constitución interpreten de dos maneras su propio derecho adjetivo: una primera interpretación se encamina a favorecer la racionalización de las normas procesales constitucionales, unificando el significado general del conjunto de garantías jurisdiccionales de la Constitución con el objeto de delimitar jurisprudencialmente su espacio institucional, los márgenes de control que tienen como guardianes, y proceder de modo más eficaz a la salvaguarda de sus normas de procedimiento.⁸² Es una interpretación que antes de ponerse al servicio de la unidad de la Constitución se pone a su propio servicio, a fin de generar

⁸² En general, Böckenförde, “La giurisdizione costituzionale ...”, *cit.*, nota 8, p. 641.

la unidad del sistema de medios de garantía constitucional como una “entidad” propia dentro de la Constitución. La segunda interpretación se dirige a armonizar ese sistema y erigirlo a la condición de “valor constitucional” al que subyace la pretensión de certeza y seguridad jurídicas, con el objeto de que el juez constitucional pueda ponderar los bienes jurídicos tutelados por ese valor en relación a expectativas emanadas de otros valores constitucionales que se consideran igualmente meritorios de tutela, a fin de alcanzar un resultado razonable, procesal o sustancial, y favorecer con ello la “unidad” tanto del sistema de garantías como del derecho constitucional.⁸³

Los márgenes de apreciación jurídica y responsabilidad institucional que hoy tienen auestas los órganos de garantía constitucional sólo se conciben cuando se toma plena conciencia de las tres notables tareas que les han sido confiadas: fungir como “centros de equilibrio” de los ordenamientos jurídicos, controlar los “modos de evolución” de los propios sistemas constitucionales y, de forma más general, ser los verdaderos “epicentros” de las actuales democracias constitucionales.

XIII. UNDÉCIMA TESIS.

LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La integración del DPC se realiza mediante fuentes en las que el órgano de garantía no participa y otras en la que su contribución es directa. La capacidad para integrar su propio derecho procesal mediante reglamentos o sentencias es una de las mayores especialidades de los órganos de garantía; pero lo verdaderamente significativo es la libertad que se atribuyen para elegir, con base en las exigencias concretas de su proceso, alguno de los medios de integración que tienen disponibles.

El DPC incardina sus bases fundamentales en la Constitución y se desarrolla dentro de un esquema de fuentes normativas que se caracteriza por su “pretensión de restricción”, encaminada a impedir la disposición de sus normas frente al legislador ordinario; por su “natural insuficiencia”, producto de la imposibilidad legislativa de prever el conjunto de su-

⁸³ Romboli, Roberto, “La Corte costituzionale e il suo processo”, *Il Foro Italiano*, Bolonia, año LXX, núm. 4, 1995, p. 1096.

puestos normativos que sólo la realidad concreta pone en evidencia; y por su “notoria dispersión”, ante la pluralidad de regulaciones existente sobre cada uno de los aspectos relevantes para la garantía de la Constitución.⁸⁴ En un contexto como éste, la problemática de la integración, complementación y perfeccionamiento del DPC cobra particular relevancia; más si se observa que la misma obedece a una lógica resuelta a marcar su distancia respecto a los métodos tradicionales de integración de las normas jurídicas en general, y de las normas procesales en particular.

Las peculiaridades en la integración del DPC determinan que su complementación y perfeccionamiento se lleve a cabo mediante procedimientos establecidos en dos particulares tipos de fuentes: “fuentes heterónomas” por un lado y “fuentes autónomas” por el otro. La integración heterónoma es aquella que se realiza siguiendo los mecanismos marcados en las fuentes externas del DPC mediante un llamado a otras disciplinas procesales (civiles o administrativas) bajo el empleo de una cláusula de supletoriedad, del recurso a la analogía o a los principios generales del derecho. La integración autónoma, por el contrario, es aquella en donde la disciplina procesal constitucional se complementa y perfecciona a través de la aplicación de fuentes propias que adquieren su fundamento en una genérica “autonomía reglamentaria y procesal” reconocida a los custodios constitucionales. El reglamento interno y la jurisprudencia aparecen como las fuentes paradigmáticas de este proceder.

La forma de utilizar estos mecanismos de complementación normativa no parece estar sujeta a un orden prefigurado, y aún en el supuesto de que lo estuviera, no hay duda de que los órganos de tutela pueden elegir el que se considere más propicio, lo cual quiere decir que gozan de amplios márgenes de libertad para decidir cuál es el que más se acomoda a las exigencias y necesidades de cada instrumento de garantía. Lo significativo de este proceder se encuentra en que la capacidad de elección ter-

⁸⁴ En este sentido, Spadaro, Antonino, “Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte Costituzionale”, *L'organizzazione e il funzionamento della corte costituzionale*, Pasquale Costanzo (a cura di), Turín, G. Giappichelli, 1995, p. 70. Acúdase también a Sagüés, Néstor Pedro, “La codificación del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, *cit.*, nota 71, t. I, p. 500.

mina por generar una “norma sobre la producción de otras normas positivas”.⁸⁵

La *praxis* jurisprudencial sugiere la tendencia a delimitar el reenvío a normas supletorias que se hallan en otros órdenes procesales, a fin de ir precisando que la supletoriedad no es abierta y general como cuando se utilizan frases como “en lo no previsto” o “en defecto de”, sino cerrada y particular al puntualizarse las materias y las condiciones específicas en las que procede la suplencia de las normas; se ha procedido de esta manera presuponiendo que mientras mayor sea la apertura en el reenvío a normas supletorias menor será la cuota de especificidad de las normas procesales constitucionales, y que mientras la apertura sea menor, podrá potenciarse de mejor manera su nivel de peculiaridad. Algo similar puede sostenerse en torno a la analogía, pues los guardianes de la Constitución han ido subrayando que el recurso a la analogía no puede implementarse únicamente por existir identidad de razones entre dos supuestos procesales, sino solamente cuando se considere fehacientemente que el proceso constitucional puede, sin desnaturalizarse, recibir los desarrollos del derecho procesal general. En relación a los principios generales del derecho, la problemática es aún más basta en virtud que previo a su empleo los tribunales deben tener plena conciencia de la naturaleza de la disciplina en cuestión, con el fin de acudir, cuando proceda, a los principios inspiradores del derecho procesal o del constitucional; en este contexto, la libertad de apreciación de los tribunales, de la mano de las exigencias concretas de integración, ha suscitado que en algunos casos, por ejemplo, hayan hecho uso del principio procesal de “prórroga” de los términos procesales, y que en otros acudiesen al principio “democrático” con el objeto de ampliar la legitimación procesal. Bajo esta práctica se patentiza la convicción de que el DPC es una disciplina que absorbe múltiples perfiles, y el deseo mismo de los tribunales de ir perfilando la especialidad de su derecho procesal.

Pero sin ningún género de dudas, lo más relevante de esta problemática se encuentra en la integración autónoma, vía reglamentos o jurisprudencia, del DPC. Esta forma de complementación se justifica en la presunción de que las lagunas normativas contenidas en las fuentes

⁸⁵ Cfr. Grasso, Pietro Giuseppe, “Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, núm. 4, v. XI, 1961, p. 959.

heterónomas han sido “conscientemente” dejadas por el legislador para que los propios órganos de garantía puedan integrar su proceso en aquellas partes que se encuentran condicionadas directamente por la experiencia del caso concreto.⁸⁶ Este perfeccionamiento jurídico autónomo permite, entre otras cosas, garantizar la plena funcionalidad de los órganos de garantía constitucional, a efecto de que allí donde exista una atribución, existan también las normas para su ejercicio efectivo; coadyuva además a deshacer el cordón umbilical que mantiene al proceso constitucional en estrecho vínculo con el resto de procesos jurisdiccionales y órdenes procesales, ubicándolo como una herramienta en favor de la autonomía y especificidad de la disciplina; y posibilita que sean los propios órganos de garantía constitucional los que desarrollen y perfilen los propios esquemas de organización y funcionamiento a los que habrán de quedar conscientemente vinculados, cuestión que se reputa esencial para la salvaguarda de su independencia y para tener certidumbre en la regularidad de su funcionamiento.⁸⁷

La potestad reglamentaria es fundamental para dotar a los órganos de garantía de un espacio real de independencia. La adopción de sus reglamentos internos permite regular en abstracto, según valoraciones propias y exigencias concretas, aspectos puntuales y determinados de la organización jurisdiccional y del proceso constitucional. Llevan implícita la percepción que los órganos de garantía tienen de sí mismos, de su esencia, su posición y su papel dentro del sistema constitucional. Por ende, no resulta extraño que mediante el ejercicio de esta potestad los órganos de garantía se conviertan en legisladores primero, e intérpretes después, de su propia normativa procesal.⁸⁸

Los reglamentos aparecen bajo un típico contenido orgánico a través del cual se detalla la estructura, organización y funcionamiento del órgano al que se confía la garantía de la Constitución (cuestiones relativas a

⁸⁶ En este sentido, las aportaciones de Grasso, “Primi osservazioni...”, *cit.*, nota 85, p. 958, y Zembsch, Günter, *Verfahrenautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns, 1971, pp. 85 y ss., citado por Rodríguez-Patrón, “La libertad del Tribunal...”, *cit.*, nota 64, p. 142.

⁸⁷ Véase Nocilla, Damiano, “Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, Fasc. 4, Milán, Giuffrè, 1968, p. 2016. Rodríguez-Patrón, Patricia, *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 31 y ss.

⁸⁸ Carnevale, “Ecce iudex...”, *cit.*, nota 80, p. 36.

la instrucción y relatoría, convocatoria a sesiones, deliberaciones y votaciones, publicación de sentencias, corrección de sentencias y autos, etcétera), y un típico contenido procesal, mediante el cual se dictan normas integradoras de los distintos procesos constitucionales, a fin de que no exista motivo alguno para que una competencia o atribución deje de ser efectivamente ejercitada (disposiciones sobre las partes, intervención de terceros, notificaciones y comunicaciones, prueba, acumulación de procesos, inhibición y recusación de jueces constitucionales, interrupción, suspensión o extinción del proceso, costas procesales, etcétera). La forma como se expresa este contenido deja ver que en muchas ocasiones sus prescripciones no se limitan a concretar lo dispuesto en las fuentes heterónomas del DPC sino que llevan una fuerte pretensión a integrar los vacíos legislativos, a innovar el dictado normativo, y en ocasiones, incluso, a modificar el sentido o el significado de ese dictado, cuestión que ofrece importantes elementos para señalar que sus disposiciones se ubican en un lugar muy especial dentro del sistema de las fuentes.⁸⁹

Indicios de su jerarquía normativa se observan en la tendencia de los tribunales a mostrar su preferencia por las normas de producción autónoma en perjuicio de las supletorias, o en su respaldo a la progresiva reducción de las fuentes del DPC a sus tres “sedes lógicas” (la Constitución, las leyes constitucionales y los reglamentos)⁹⁰ con la consecuente afirmación implícita de inaptitud de la ley ordinaria para erigirse como acto productor de normas que disciplinen al tribunal o al proceso constitucional. Su *status* normativo se observa igualmente, en la reducida viabilidad de que sobre el reglamento pueda imponerse un control jurídico que no sea el del propio órgano emisor, aun y cuando exista consenso en afirmar que, en tanto acto jurídico, se encuentra sujeto a evidentes límites impuestos por la Constitución y las leyes orgánicas o constitucionales y consecuentemente debe estar sometido a algún tipo de control.⁹¹

⁸⁹ Cfr. Onida, “Considerazione introduttive...”, *cit.*, nota 78, p. 288. Igualmente, Rodríguez-Patrón, *La potestad...*, *cit.*, nota 87, pp. 256-265.

⁹⁰ En este sentido, Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il mulino, 1998, p. 81.

⁹¹ En general, Rodríguez-Patrón, *La potestad...*, *cit.*, nota 87, p. 287 y ss. Lozano, Miralles, Jorge y Saccomanno, Albino, *El Tribunal constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 225.

Ahora bien, frente al perfeccionamiento autónomo del proceso desde una perspectiva abstracta como la proporcionada por el reglamento, aparece la complementación desde un ángulo concreto por medio de la jurisprudencia. Esta última forma de integración normativa, en principio, constata la necesidad de que la actividad jurisprudencial disponga de un “ámbito propio y exclusivo” en virtud de las funciones y el papel desempeñado por los órganos de garantía, y la tipicidad y complejidad de las relaciones que mantienen con el resto de instituciones estatales.⁹² A través de este espacio jurisprudencial es posible advertir la consideración que los propios órganos confieren a sus propios precedentes y el modo en que proyectan hacia el futuro determinados criterios de actuación judicial. En este ámbito propio se genera la “autonomía procesal” para dar pauta a la creación de normas, criterios o principios procesales constitucionales utilizables por los propios tribunales y por los usuarios de la justicia constitucional en supuestos análogos futuros.⁹³

En función de lo anterior, la autonomía normativa aparece como una de las vías privilegiadas para racionalizar los procesos constitucionales al menos por tres motivos: porque expresa una regulación que emana de los concretos conflictos constitucionales, ámbito en donde las exigencias de la complementación se pueden palpar directamente; porque concierne a cuestiones que se vinculan con el objeto del proceso, haciéndose específicamente procesales y, sobre todo, porque como advierte Zembsch, acaso el principal promotor de la noción de “autonomía procesal”, a través de ella se expresan decisiones discrecionales de configuración política de los guardianes de la Constitución, basadas en criterios de oportunidad más que en estrictos argumentos de carácter jurídico.⁹⁴

Las normas procesales creadas mediante criterios jurisprudenciales aparecen bajo una vocación de permanencia. Por eso, allí donde existe un precedente se genera un vínculo para futuras actuaciones jurisdiccionales a efecto de lograr coherencia y regularidad en la aplicación de la jurisprudencia hasta desarrollar una “uniformidad de comportamiento”

⁹² Véase Ruggeri, “I giudizi di costituzionalità...”, *cit.*, nota 47, p. 409.

⁹³ Véase Rodríguez-Patrón, “La libertad del Tribunal...”, *cit.*, nota 64, pp. 128 y ss.

⁹⁴ En general, acúdase a Zembsch, *Verfahrensautonomie...*, *cit.*, nota 86, citado por Rodríguez-Patrón, “La libertad del Tribunal...”, *cit.*, nota 64, pp. 135 y ss.; *id.*, *La “autonomía procesal”...*, *cit.*, nota 72, pp. 19 y ss.

compatible con las exigencias de certeza y predeterminación jurídicas.⁹⁵ No obstante, la regularidad en el uso de la jurisprudencia y la plena vinculación a los precedentes no es siempre posible, primordialmente porque las peculiaridades de la función, y la ubicación misma de los órganos en el sistema constitucional, los hacen ser los únicos órganos que no se encuentran plenamente vinculado a sus propios precedentes, contando con márgenes más amplios de valoración y actuación a efecto de estar en condiciones de desarrollar su propia política jurisprudencial.

Los límites de una libertad de configuración tan amplia como la presente se encuentran inexorablemente en las Constituciones y en las leyes orgánicas o reglamentarias, principalmente donde exista una reserva de ley o de reglamento, donde existan regulaciones más o menos exhaustivas que dejen poco margen de complementación, o incluso donde existan regulaciones cerradas o prohibiciones particulares. Además, existe la tendencia a reconocer que este ejercicio de integración es procedente únicamente en aquellos casos en donde una norma delegue al Tribunal la regulación de un determinado supuesto dentro del proceso constitucional.

Algunos de los más relevantes sistemas constitucionales europeos ofrecen enriquecedoras experiencias que constatan cómo la libertad de configuración del proceso constitucional a favor de los tribunales constitucionales puede tener su origen en delegaciones normativas realizadas desde la misma Constitución, desde la Ley Orgánica o desde sus propios reglamentos. En Austria, los ejemplos paradigmáticos son los relativos a la inconstitucionalidad de oficio y la determinación de los efectos de las sentencias. En Alemania, un caso típico es el aseguramiento de la eficacia de las sentencias del Tribunal constitucional mediante providencias provisionales y mediante la disciplina de la ejecución. En Italia, el ejemplo primordial concierne a la autonomía del proceso constitucional en vía incidental respecto a las vicisitudes del proceso *a-quo*. En España, la autonomía procesal del Tribunal Constitucional se ha manifestado en la determinación de los efectos temporales y espaciales de las sentencias constitucionales, cuestión que por su relevancia ha obtenido recientemente plena cobertura legal a través de la reforma de su Ley Orgánica.

⁹⁵ En este sentido, de una parte, Zembsch, explicado por Rodríguez-Patrón, “La libertad...”, *cit.*, nota, pp. 143 y 144; y Romboli, Roberto, “Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentali”, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Romboli, Roberto (a cura di), Turín, G. Giappichelli, 1996, p. 60.

Sin embargo, incluso en aquellos casos en donde no exista norma habilitadora, la libertad de configuración procesal del Tribunal aparece como una necesidad institucional en todos los casos en donde se tenga una competencia determinada pero se carezca de las normas procesales para poder ejercitarla. Esta habilitación para dotarse de sus propias normas procesales debe vincularse, de modo inexorable, al principio de oficialidad, pues sólo en un entorno en donde se advierte la existencia de un proceso con un objeto y una naturaleza decididamente pública, se comprenden a cabalidad las necesidades institucionales de complementación.

La búsqueda de la verdad constitucional ha llevado a los órganos de garantía ha desvincularse por momentos del objeto de la controversia, de los razonamientos y de la iniciativa probatoria de las partes. La configuración de una mayor libertad de decisión asentada en una importante parcela de autonomía procesal ha ofrecido al juez constitucional herramientas para replantear el *thema decidendum* del proceso, permitiendo el estudio, análisis y resolución de cuestiones que originalmente no fueron planteadas por los promotores del litigio, al grado de pronunciarse sobre normas no impugnadas pero que se consideran inconstitucionales por conexión o consecuencia; le ha permitido eliminar las limitaciones a la procedencia del control de constitucionalidad con el objeto de adentrarse al estudio de fondo de la controversia; ha dado pie a que se ponga la duda “de oficio” respecto a la constitucionalidad de una norma concreta que deba aplicarse para resolver la cuestión de legitimidad que le ha sido planteada; y lo que no es menos trascendente, ha posibilitado la capacidad de modular la fuerza de sus decisiones mediante sentencias intermedias que en muchos de los casos dejan subsistentes las normas impugnadas hasta que el legislador no proceda a su reforma.⁹⁶

Lo apenas sostenido conduce a advertir que el ámbito reservado a la potestad reglamentaria de los garantes constitucionales es coincidente con el radio de acción conferido a su jurisprudencia, de forma que no es de extrañar que los principios procesales creados reglamentaria o pretorianamente puedan eventualmente intercambiarse y ocupar ambos tipos de fuentes. La decisión de racionalizar normativamente los desarrollos jurisprudenciales o de mantenerlos dentro del ámbito de la *praxis* es bas-

⁹⁶ En general, acúdase a la tesis de la “autonomía procesal” de Zembsch, explicada por Rodríguez-Patrón, “La libertad del Tribunal...”, *cit.*, nota 64, pp. 134 y ss., esp. 150 y ss.

tante significativa porque representa una operación por medio de la cual el mismo órgano de tutela resuelve “estabilizar la práctica jurídica” y ponerse un vínculo normativo más fuerte que inexorablemente se encuentra obligado a respetar en su actividad cotidiana.

XIV. DUODÉCIMA TESIS.

EL CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Avanzar un concepto prescriptivo del DPC implica hacer una distinción entre normas procesales “en la” Constitución y normas procesales “de la” Constitución, y advertir cómo estas últimas se agrupan en un sistema normativo autogarantizado, autoreferente y autosuficiente del cual se vale el órgano de garantía para cumplir con su función constitucional.

Si se comparte que el conjunto de datos emanados de cada una de las tesis expuestas hasta ahora, hacen del DPC un derecho con especificidad propia para la garantía de la Constitución, se acordará igualmente que el neologismo no puede hacerse plenamente fungible con los conceptos tradicionales de “justicia” o “jurisdicción” constitucionales, “control de constitucionalidad de las leyes” o “garantías constitucionales”. Hay evidentes analogías pero también diferencias que conducen a conferir un tratamiento autónomo al DPC, si en realidad se pretende conformar un objeto de estudio alimentado desde múltiples y enriquecedoras perspectivas de análisis.

Construir una noción “prescriptiva” del DPC presupone, ante todo, el análisis de las normas, instituciones y principios procesales que por su importancia para la dinámica del proceso, de cualquier proceso, se han elevado a rango constitucional.⁹⁷ Igualmente, la ponderación de aquellas normas que disciplinan una función constitucional dirigida concretamente a la garantía de la Constitución, que definen y sistematizan al órgano que proveerá dicha garantía, y que estructuran y racionalizan a los procesos y procedimientos para conseguirlo. La distinción entre ambos tipos de prescripciones debe conducir a identificar lo que concebimos como

⁹⁷ En torno a la problemática de las definiciones, Scarpelli, Uberto, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milán, Casa Editrice Nuvoletti, 1955, p. 37.

DPC y a advertir los rasgos que lo hacen aparecer como un “sistema unitario de normas de *status* constitucional”, bajo un carácter “innovador”, un “objeto específico”, una “finalidad determinada”, y cuyo empleo recae en manos de un “sujeto” único. Estas características dan pauta a la identificación de criterios que convencionalmente pueden denominarse *sistemático, temporal, objetivo, teleológico y subjetivo*.

En primer lugar, el DPC representa la realización histórica de una decisión política tendente a introducir un derecho procesal “de la” Constitución, para positivizar, regular y racionalizar al proceso constitucional como garantía de la misma. Constituye, en ese sentido, una decisión originaria del Poder Constituyente y no de uno de los poderes constituidos, lo que lo hace aparecer como un auténtico “derecho procesal constituyente”.⁹⁸ Su positivización y la conjunción de sus normas da lugar a una nueva dicotomía que puede ponerse en términos de “Constitución sustancial” y “Constitución procesal”. Los medios jurídicos que utiliza la Constitución-procesal para conservar incontestada su preeminencia no se dirigen a enjuiciar a la Constitución sino a emplearla como canon de enjuiciamiento. Esto quiere decir que la Constitución utiliza al propio derecho constitucional para protegerse, hecho que le produce una situación de privilegio, pues a la vez que está exenta de control, vincula a las normas inferiores del ordenamiento a un efectivo control normativo, cuya efectividad se alcanza en la medida en que sea un verdadero control constitucional; es decir, que sea un control “constitucional” por el objeto, vinculado a la materia constitucional, pero sobre todo, que sea un control “constitucionalizado” que reconozca la superioridad del “medio”, del instrumento procesal, o lo que es lo mismo, de las normas que lo configuran.⁹⁹ Si se piensa detenidamente lo anterior podrá advertirse que la norma que establece la vía o el mecanismo concreto para operar la tutela constitucional difícilmente puede compartir la naturaleza o la fuerza jurídica de los actos o leyes objeto de enjuiciamiento; por el contrario, para su debida eficacia necesita participar de la preponderancia de la materia jurídica a salvaguardar.

⁹⁸ El uso de esta idea se encuentra ya en el clásico de, Alvarado, Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, prologado por F. Clemente de Diego, Madrid, Reus, 1920, p. 57.

⁹⁹ Sobre el control de constitucionalidad y la constitucionalidad del control, acúdase a Galeotti, Sergio, “Profilo giuridico dei controlli costituzionali”, *Studi in memoria di Guido Zanobini*, Milán, Giuffrè, 1965, pp. 324 y ss.

Bajo estas premisas, no es extraño considerar que al margen del lugar donde se encuentren las normas de tutela constitucional, encierran una fuerte pretensión de unidad y supremacía que se ancla en las categorías jurídicas a las que dan vida, y en las especialidades que las distinguen y las hacen agruparse en torno a un sistema de normas; sistema que con base en el principio de unidad fundamental de la Constitución se aproxima al mismo *status* constitucional.¹⁰⁰

Las normas procesales constitucionales representan a su vez normas de “innovación” jurídica, pues desde una óptica temporal, representan una adquisición “reciente” del derecho constitucional, ya que con anterioridad los ordenamientos jurídicos desconocían la existencia de normas con este objeto, contenido y finalidad.¹⁰¹ Son normas cuya aparición simboliza un acto de refundación del Estado porque nacieron en “polémica” con la realidad del momento histórico, atendieron la exigencia de racionalización del poder político, y coadyuvaron a sentar las bases de una nueva relación entre el Estado y la sociedad.

En este mismo sentido, el DPC es un derecho con un “fin” concreto y determinado que se vincula en exclusiva al “circuito” de la constitucionalidad, es decir, al circuito normativo de mayor trascendencia, con el objeto de salvaguardar, principalmente, los principios y valores democráticos en que descansa la estructura constitucional, para lo cual da vida a un conjunto de procesos y procedimientos constitucionales a través de los cuales se concreta una paradójica defensa jurisdiccional de la democracia constitucional.

Adicionalmente, el DPC es un orden normativo que se diferencia del resto de órdenes procesales en función de su “objeto”. El orden procesal constitucional y el orden procesal general anclan sus principios y presupuestos en la misma fuente constitucional, pero mientras el último se dirige a conformar las categorías por medio de las cuales el Estado ejerce la jurisdicción ordinaria, aquél se dirige a estipular las categorías por medio de las cuales la Constitución procura su tutela. Por ende, la dicotomía entre el DPC y derecho constitucional procesal puede encontrar

¹⁰⁰ Interesantes reflexiones en Cruz Villalón, *La formación...*, pp. 32-38; en sentido similar, Modugno, Franco, *L'invalidità delle leggi*, t. I: *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1970, p. 62.

¹⁰¹ En este sentido, Zagrebelsky, *La giustizia...*, *cit.*, nota 90, p. 11, refiriéndose a la “justicia constitucional”.

una nueva proyección si se distingue entre normas procesales “de la” Constitución y normas procesales “en la” Constitución, con el objeto de autonomizar ambos órdenes y hacerlos correr por vías paralelas para distinguir con claridad las que se dirigen a tangibilizar las categorías mediante las cuales se tutela la Constitución, de aquellas que conforman las categorías procesales a través de las cuales se tutela el circuito de la legalidad.¹⁰² Las primeras, es decir, las que han interesado a lo largo de este trabajo, son normas que en mayor o menor medida se refieren a: la jurisdicción constitucional como función estatal específica; al *status* del Tribunal Constitucional, de la magistratura o del órgano constitucional de garantía; al estatuto jurídico de los magistrados o jueces constitucionales; a las competencias del tribunal o magistratura constitucional; a los procesos o procedimientos constitucionales, y a las normas particulares del procedimiento.¹⁰³

La distinción entre normas procesales “de la” y “en la” Constitución subraya que las primeras no puedan ser utilizadas por cualquier operador jurídico, ya que gozan de un atributo de exclusividad. Esto quiere decir que a diferencia de lo que sucede en otros órdenes procesales, el orden procesal constitucional es un orden cerrado, que actúa en un espacio delimitado, bajo un uso restringido, y que sólo compete manejar al máximo órgano de garantía de la Constitución. Por ende, no es extraño que existan quienes sostengan que los tribunales constitucionales son los auténticos “señores” de su derecho procesal. Efectivamente lo son, porque sólo ellos pueden emplearlo, interpretarlo, pero sobre todo, porque están facultados para participar en su creación y perfeccionamiento.

Bajo las consideraciones apenas esgrimidas, y bajo el convencimiento de que no existe la definición de un concepto sino solamente posibles definiciones, y sobre todo, elección entre definiciones, es posible señalar que el DPC puede concebirse como *un sistema unitario de normas de status constitucional, dirigido a la determinación de las categorías jurídicas elementales a través de las cuales se tutela la Constitución, cuyo*

¹⁰² Sobre el particular, existen puntos de vista antagónicos. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 357. Y, García Belaunde, *De la jurisdicción...*, cit., nota 9, p. 66.

¹⁰³ Interesantes son los conceptos de derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional manejados por Provinciali, Renzo, *Norme di diritto processuale nella Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1959, pp. 17 y ss.

empleo exclusivo por el máximo órgano de garantía constitucional posibilita que la norma fundamental se traduzca en parámetro concreto de enjuiciamiento para la resolución de las controversias surgidas del propio entorno constitucional.

El deslinde realizado en relación a las características de las normas procesales constitucionales permite hacer algunas consideraciones en relación al sistema normativo en que se agrupan. Por la especificidad que demuestra, el DPC tiene una fuerte inclinación a presentarse como un sistema normativo “autogarantizado”, “autosuficiente” y “autoreferente”.

Como un sistema “autogarantizado”, en función de que la Constitución se encuentra en una relación de superioridad frente al resto del sistema de las fuentes, por lo que cualquier norma jurídica, exceptuando a la Constitución misma, nace y se desarrolla como derecho problemático y contingente en la medida que es potencialmente ilegítimo.¹⁰⁴ Esto justifica que sea la propia Constitución la que instrumente sus mecanismos de defensa, y que tanto el órgano de garantía como los instrumentos procesales de tutela se eleven por encima de la ley para adquirir la fuerza de oponerse a ella y para que, eventualmente, puedan tutelarse las normas que dan vida a ambas categorías procesales cuando el espacio de la “Constitución-garantía” se encuentre amenazado por el legislador. Es “autosuficiente”, en virtud de que sus normas dependen únicamente de la Constitución y del reducido número de fuentes que deben regular el perfil garantista o procesal de la misma. El DPC, en consecuencia, es un sistema que se crea y recrea, se genera y se autogenera a partir de un sistema de fuentes de validez propias, encaminadas a impedir cualquier posibilidad de injerencia del legislador ordinario. Es “autoreferente”, porque sus normas se utilizan e interpretan por un órgano especializado que sólo está sometido a la Constitución, en función de su actividad fiscalizadora, el cual goza de la autoridad para determinar en única y última instancia el significado de sus prescripciones sin vincularse a un canon hermenéutico preestablecido y sin que exista la posibilidad de que el producto de su actividad interpretativa sea contestada en modo alguno.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Al respecto, Luhmann, Niklas, “La Costituzione come conquista evolutiva”, *Il futuro della Costituzione*, Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther (a cura di), Turín, Einaudi, 1996, p. 89.

¹⁰⁵ En este sentido se pronuncia Böckenförde, “La giurisdizione costituzionale...”, *cit.*, nota 8, p. 641.

CALAMANDREI Y LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA*

Michelangelo BOVERO**

1. Poco tiempo después de la muerte de Piero Calamandrei, ocurrida en 1956, Héctor Fix-Zamudio publicó un ensayo en el que pretendía “resaltar las aportaciones del ilustre desaparecido” a una “nueva disciplina”, es decir, el derecho procesal constitucional.¹ En todo el artículo trasluce no sólo una gran admiración por Calamandrei, del cual Fix-Zamudio se profesaba idealmente “discípulo”, sino también un convencido aprecio por la Constitución italiana de 1948, en cuya elaboración y redacción el jurista florentino había participado haciendo contribuciones decisivas.

Sin embargo, antes de que la Constitución hubiera sido aprobada, Calamandrei no había dudado en manifestar su insatisfacción en relación con el texto que la Asamblea Constituyente estaba redactando. Le parecía que era el fruto de un compromiso, en el sentido más negativo del término. Había afirmado en 1947:

A los artículos de esta Constitución, les había ocurrido un poco lo que se dice le había pasado a aquél libertino de mediana edad que tenía los cabellos grises y tenía dos amantes, una joven y otra madura; la joven le arrancaba los cabellos blancos y la madura le arrancaba los cabellos negros; y él se quedó calvo. En nuestra Constitución, por desgracia, hay artículos que se quedaron calvos.²

* Traducción del italiano por Lorenzo Córdova Vianello y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

** Profesor de Filosofía política de la Universidad de Turín.

¹ Fix-Zamudio, H., “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211.

² Calamandrei, P., “Chiarezza nella Costituzione”, Discurso pronunciado en la Asamblea constituyente el 4 de marzo de 1947, *Scritti e discorsi politici*, Florencia, La Nuova Italia editrice, 1966, vol II, p. 23.

Estas irónicas y amargas palabras de Calamandrei no deben, sin embargo, ser interpretadas como una especie de desconocimiento previo de paternidad de la que, de cualquier manera, habría sido en gran parte su criatura, precisamente la Constitución italiana que todavía hoy esta vigente. Eso es tan cierto que en los años sucesivos Calamandrei se batió extenuadamente por la realización de algunas disposiciones fundamentales de la carta, como la institución de la Corte Constitucional, que finalmente logró ver realizada poco antes de morir. Más bien, aquel juicio negativo era el fruto inevitable de la desilusión, al menos parcial, que experimenta cualquiera que esté empeñado en alcanzar un acuerdo, un compromiso, con quien piensa de manera diversa, y necesariamente debe renunciar a hacer prosperar alguna de sus propias convicciones. A pesar del juicio irónico del jurista florentino, creo que nosotros debemos reconocer, sesenta años después, el valor histórico y la validez ideal de aquel compromiso, e incluso reconocerle el mérito, también y ante todo, precisamente a Calamandrei. Pretendo iniciar esta contribución al debido homenaje a Héctor Fix-Zamudio con una sobria apología de la Constitución italiana, compartiendo y confirmando tanto el apreciado expresado por él en el artículo que he citado al inicio, hacia la carta fundamental italiana, como su admiración por Calamandrei.

La Constitución italiana de 1948 está inspirada en tres principios esenciales: autodeterminación colectiva, libertad individual, y justicia social. Es uno de los textos constitucionales más bellos del mundo. Es obvio que tiene defectos. Pero no son aquellos que de manera frecuente son indicados recurrentemente como tales. Sus fuentes ideales se encuentran en las mayores corrientes del pensamiento político moderno: la doctrina democrática, el liberalismo ético, el socialismo y la solidaridad. La Constitución de 1948 es una síntesis de estos componentes. O, por lo menos, es un compromiso, en el mejor sentido del término, entre ellos. Una expresión particularmente feliz de esta síntesis está contenida, precisamente, en la obra de Piero Calamandrei. Insigne jurista, Calamandrei se adhirió al liberalsocialismo: una filosofía política *per se* “sintética” —“no sincrética”, no ecléctica—, en cuanto busca las soluciones posibles en los diversos planos de la vida colectiva, al problema del equilibrio de la mediación y de la integración entre el principio de libertad individual y el principio de justicia social, en gran medida considerados históricamente en conflicto o, al menos, en una perenne tensión entre sí. Calamandrei tradujo su liberalsocialismo en una articulada doctrina de la Constitución

democrática. La exposición más completa de esta doctrina está contenida en el ensayo titulado *L'avvenire dei diritti di libertà*: se trata de la introducción escrita por Piero Calamandrei para la reimpresión, publicada al inicio de la posguerra, del libro de Francesco Ruffini sobre los *Diritti di libertà*, cuya primera edición había visto la luz en 1926, impresa por Piero Gobetti. El ensayo de Calamandrei,³ fechado en “mayo de 1946”, y por lo tanto terminado en las fechas de la elección de la Asamblea Constituyente, es una verdadera y propia teoría liberalsocialista de la Constitución democrática, y contiene por ello la prefiguración de aquello que nuestra Constitución debería haberse convertido, desde el punto de vista liberalsocialista.

2. Pero antes de reconstruir los puntos relevantes del ensayo de Calamandrei, me parece oportuno retomar algunos pasajes de un texto de Bobbio, *Origine e caratteri della Costituzione*, publicado treinta años después, en 1976: un texto⁴ que pretendía ser un balance ecuaníme de la historia constituyente y de su resultado, precisamente la Constitución, desde el mismo punto de vista liberalsocialista. El balance de Bobbio se realizaba a la luz de los sucesos posteriores, mismos que Calamandrei no había podido presenciar; y ahora debería ser releído, así lo sugiero, a la luz de los sucesos que hemos vivido y vivimos hoy, después de otros treinta años. Escribe Bobbio:

Si en la base de la carta constitucional no hubiera habido un gran compromiso entre las diversas posiciones políticas, no habríamos gozado por todos estos años de una relativa paz política. El compromiso se dio tanto en el modo con el que se llegó al constituyente, es decir, respecto al origen de la Constitución, como en el modo en el cual la Constitución fue hecha, es decir respecto al resultado.⁵

³ Que cito de la primera reimpresión anastática de 1975 de F. Ruffini, *Diritti di libertà*, con introducción y notas de P. Calamandrei, Florencia, La Nuova Italia editrice, 1946. La “Introducción a la segunda edición” que en realidad es un largo ensayo autónomo de Calamandrei, intitulado precisamente *L'avvenire dei di libertà*, aparece en las pp. vii-lvi.

⁴ Publicado nuevamente en el volumen de Bobbio, N., *Dal fascismo alla democrazia*, a cargo de M. Bovero, Milán, Baldini & Castoldi, 1997, que recoge doce ensayos bobbianos.

⁵ Bobbio, N., *Dal fascismo alla democrazia*, cit., nota 4, p. 159.

Por lo tanto, la Constitución de 1948, según Bobbio, debe ser vista como el resultado de un gran “compromiso histórico” entre los componentes de la clase política antifascista, reunidos en la coalición del Comité de Liberación Nacional (CLN) pero divididos por netas diferencias ideológicas. Bobbio sugiere considerar dichos componentes como “estratos geológicos” sobrepuestos:

El primero, el más antiguo, era el viejo liberalismo, heredero de la clase política que había producido el *Risorgimento* y había gobernado Italia en los primeros cincuenta años después de la Unidad. El segundo estaba constituido por el partido socialista, que tenía más de medio siglo de vida (había sido fundado en 1892) y había participado particularmente en su versión reformista en el desarrollo del Estado liberal y progresivamente democrático que cayó bajo los golpes del fascismo. El tercero era el populismo, el partido de los católicos, nacido y muerto en el curso de pocos años (entre 1919 y 1925), que sin embargo había revelado en su primera presentación en la competencia política una excepcional fuerza electoral (100 diputados en la elección de 1919)... El cuarto estrato estaba representado por el último de los partidos prefascistas, el comunista, que, aún siendo revolucionario en sus fines se había vuelto gradualista en los medios para alcanzarlos.⁶

¿Pero cuánto y en qué modo “pesaron” los diversos “estratos geológicos” en la redacción del texto constitucional? Según Bobbio, la aportación específica de cada una de las culturas políticas que se estratificaron en la historia de Italia es fácilmente reconocible en la primera parte del texto. En donde,

los estratos más evidentes son tres: el primero es el que proviene de la tradición liberal, y consiste en la afirmación de los tradicionales derechos de libertad personal, civil y política; el segundo es el que deriva de la tradición socialista... y consiste en la afirmación de los derechos sociales y del derecho de huelga,... y sobre todo en el artículo 3o. que prevé la remoción de los obstáculos que, de vez en vez, se le interponen a la igualdad de los ciudadanos; el tercero es el constituido por los ideales del cristianismo social, inspirados en una concepción pluralista de la sociedad, evidente en el

⁶ *Ibidem*, pp. 166 y 167.

artículo 2o. que introduce el concepto de las “formaciones sociales” y en la consideración de la familia como “sociedad natural” (artículo 29).⁷

Puede apreciarse que en esta sintética reconstrucción falta un elemento, aquel que el mismo Bobbio invita a considerar como “el quinto estrato”, el más reciente, es decir, el Partido de Acción, el único de los partidos antifascistas reunidos en el CLN que no nació antes del fascismo, al contrario “nació y murió con la guerra de liberación a la cual le dio una gran contribución de ideas y de hombres”.⁸ Ahora bien, el Partido de Acción a su vez estaba integrado, sino por muchos estratos, sí por muchos espíritus. El espíritu que tenía la más sólida consistencia teórica (no práctica) y de donde vino la mayor contribución de ideas, era el liberal-socialista. Ahora bien: ¿cuál fue el peso específico de los liberales socialistas?, ¿cuál su papel en la composición del texto constitucional? Se podría pensar: el de favorecer el compromiso. Y en un cierto sentido fue precisamente así. Pero no simplemente en el sentido de que se esforzaran en hacer aceptar o “digerir” por algunos los derechos sostenidos por los otros, en particular a los liberales los reivindicados por los socialistas, y viceversa. La aportación fundamental del liberalsocialismo en la construcción de la Constitución fue el de mostrar a todos la necesidad no meramente pragmática, sino más bien lógica y axiológica, de la integración entre los derechos de tradición liberal y los de inspiración socialista, y de aclarar las razones en el ámbito de una concepción evolucionada de la democracia. Una obra preciosa, en el seno del constituyente, que debe adscribirse sobre todo al mérito de Piero Calamandrei, y cuyos fundamentos teóricos se encuentran todos en el texto antes mencionado: *L'avvenire dei diritti di libertà*.

3. Digo de inmediato que el texto de Calamandrei, para ser plenamente acogido, como lo amerita, como punto de referencia teórica todavía hoy válido, requeriría ser revisado y corregido a la luz de la evolución de la teoría política y jurídica en los sesenta años que han transcurrido desde su redacción. Indico brevemente las que son, a mi juicio, las dos cuestiones conceptuales más problemáticas: en primer lugar, el uso excesivamente amplio y, por ello analíticamente no riguroso, de la categoría de libertad; en segundo lugar, la insuficiente elaboración crítica de la

⁷ *Ibidem*, pp. 170 y 171.

⁸ *Ibidem*, p. 168.

distinción entre los derechos de la persona y los del ciudadano. Pero agregó inmediatamente que, con las oportunas revisiones analíticas, el texto se revela riquísimo e incluso formidable: un verdadero clásico del constitucionalismo.

En plena coherencia con la orientación programática del Partido de Acción, que se resumía en la fórmula de la “revolución democrática”, Calamandrei interpreta todos los (todas las clases de los) derechos fundamentales *en función* de la democracia, es decir, del problema de la auto-determinación colectiva. Esta visión prospectiva tiene ciertamente, en sí, riesgos de distorsión, pero tiene ante todo un extraordinario potencial de revelación, de redeterminación del significado de los derechos de libertad individual de tradición liberal.

Los derechos de libertad deben concebirse sobretodo, en un ordenamiento democrático, como la garantía de la participación del individuo en la vida política de la comunidad. Para poder volver efectiva y fructífera esta participación no basta que el ciudadano goce de los derechos políticos activos (por ejemplo, el derecho de voto) que le aseguran el poder contar cuantitativamente como una unidad en el cómputo de la voluntad común, sino que es necesario que le sea permitido desarrollar y enriquecer en la vida de la comunidad su propia personalidad... Bajo este aspecto los derechos de libertad se presentan como garantías establecidas para ayudar al ciudadano a formarse una conciencia política y para hacer que éste se convierta con sus cualidades individuales en un elemento activo de la vida pública: todos los derechos de libertad, si se miran bajo esta perspectiva se revelan como preordenados para desarrollar en el ciudadano las cualidades políticas: la libertad de pensamiento y de religión, la libertad de expresión y de prensa, la libertad de reunión y de asociación, buscan todas, en sustancia, favorecer esta expansión del individuo en la vida política de la comunidad, esta ampliación de su egoísmo en intereses colectivos cada vez más vastos. Por esto, mientras que en las comunes clasificaciones de los derechos de libertad se distinguen las libertades civiles de las políticas (los derechos del hombre, de los del ciudadano), yo prefiero considerar aquí a todos los derechos, que buscan proteger la independencia del individuo dentro de su propia esfera, en su función altruista, e incorporarlos a todos entre las libertades políticas.⁹

⁹ Calamandrei, P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, introducción a la segunda edición de F. Ruffini, *Diritti di libertà*, cit., nota 3, pp. xvi-xvii.

El significado teórico-ideológico es clarísimo: para Calamandrei no se debe concebir al liberalismo como algo contrapuesto a la democracia. Los derechos fundamentales de libertad individual son *restricciones* al poder de las mayorías políticas, a la “esfera de lo decidible” (para adoptar una fórmula de Luigi Ferrajoli), es decir, de aquello que puede ser legítimamente decidido por parte de los órganos legislativos, pero no son *obstáculos* a la decisión democrática; al contrario, son sus precondiciones primeras y esenciales. Es un hecho que, en este sentido, los derechos de tradición liberal deben ser también reclasificados, asignándole, en consecuencia, un rango subordinado, vinculado por condiciones y límites a los derechos patrimoniales (que son ciertamente derechos, pero no “derechos fundamentales”), y al mismo derecho de propiedad. No sólo porque el “terrible derecho” no deba de ser reconocido como derecho, sino para evitar que pueda atraer a su propia esfera y a su límite fagocitador a las “cuatro grandes libertades de los modernos”, como las ha llamado Bobbio, inalienables e indisponibles, substraídas a cualquier poder, ya sea al del Estado, ya sea la del mercado: la libertad personal, o bien la inmunidad frente a arrestos arbitrarios y torturas; la libertad de conciencia y de pensamiento, que implica el derecho a manifestar las propias opiniones; la libertad de reunión, que comprende el derecho de la protesta colectiva; la libertad de asociación, que permite la libre formación de partidos y sindicatos y, por lo tanto, de los sujetos de la vida democrática.

4. Ahora bien, los derechos de libertad pueden valer (también) como derechos “democráticos” —o mejor: como derechos funcionales a la democracia— sólo en la medida en la que su ejercicio efectivo y/o goce está asegurado para todos mediante el reconocimiento y la atribución universal de *otra* clase de derechos, los derechos sociales. De otro modo, las libertades constitucionales no tendrán el mismo “valor” para todos. He aquí la necesidad de retomar la que Calamandrei llama la

Tendencia de los pueblos a plantear la cuestión social en términos constitucionales: es decir, a considerar como problemas de orden político primordial, al grado de ser considerados en la misma Constitución, los problemas relativos al bienestar económico de los ciudadanos. Éste es tal vez el fenómeno más digno de relevancia en las asambleas constituyentes eu-

ropeas surgidas de la Primera Guerra Mundial, incluidas aquéllas en las que no participaron mayoritariamente los partidos socialistas.¹⁰

Pero no sólo eso. Calamandrei hace suya una idea que define “más reciente”, porque reconoce en ella la génesis de la elaboración teórica y programática del liberalsocialismo (o del socialismo liberal —no entro aquí al problema de su distinción—):

La idea de que la intervención del Estado en la organización y en la repartición de la riqueza puede dar lugar a derechos individuales bien definidos, y que estos derechos se deben clasificar no como contraposiciones a las libertades políticas, sino junto a éstas, y comprendidos en éstas, dentro de la gran categoría de los derechos de libertad.¹¹

Reformulada con mayor precisión, la idea —la idea liberalsocialista— es ésta: si las (o mejor dicho: algunas determinadas) libertades individuales son precondiciones de la democracia, los derechos sociales (algunos derechos sociales específicos) son precondiciones de la libertad individual. ¿Qué sentido tendrían los derechos de participación política si no estuvieran garantizados el derecho a la libre manifestación de las ideas, a la libre reunión y asociación? Pero además, ¿qué sentido tendría la libertad de pensamiento, de reunión y de asociación sin, por ejemplo, el derecho a la educación, o el derecho a la información plural y libre? Más general: ¿cuánto valor pueden tener los derechos de libertad sin un *poder* concreto de hacer lo que está *permitido* hacer?, ¿para quién tienen valor estos derechos sin condiciones materiales que coloquen a los individuos como tales, a todos los individuos, en grado de ser libres?

La manera en la que Calamandrei define las connotaciones de los derechos sociales frente a los derechos de libertad liberales es, al mismo tiempo, inobjetable desde el punto de vista teórico y altamente expresivo del ideal liberalsocialista.

Mientras que los tradicionales derechos de libertad tienen... un carácter negativo, en cuanto a ellos corresponde la obligación del Estado de no obstaculizar el ejercicio de ciertas actividades individuales, los derechos sociales tienen un carácter positivo, en cuanto a éstos le corresponde la

¹⁰ *Ibidem*, p. xxix.

¹¹ *Ibidem*, p. xxx.

obligación del Estado de remover los obstáculos de orden económico y social que se interponen a la libre expansión moral y política de la persona humana.¹²

Es fácil advertir que esta afirmación contiene ya la fórmula que sería adoptada por el artículo 3o. de la Constitución italiana.

5. Toda esta arquitectura jurídico-política, construida sobre los pilares de tres clases de derechos fundamentales, es llamada por Calamandrei “democracia social”. Que es, para él, la única verdadera democracia: “Es cierto que sólo una democracia social puede decirse verdaderamente una democracia, porque solamente en ella los derechos de libertad son efectivamente gozados por todos los ciudadanos, sin que la diversidad de condiciones económicas se traduzca en desigualdades políticas”.¹³

Pero en realidad se trata de una concepción liberalsocialista de la democracia, que funda la autodeterminación colectiva en la integración entre las exigencias de la justicia y de la libertad. Según esta concepción, una democracia es solamente aparente si no están aseguradas sus condiciones liberales y sociales. Al proceso democrático de decisión colectiva, que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos políticos, es necesaria la garantía de los derechos fundamentales de libertad de tradición liberal; pero para al ejercicio efectivo y al goce universal de estos derechos liberales es a su vez necesaria la garantía de determinados derechos sociales. Quiero añadir que esta concepción es hoy más válida y actual que antes. Sus reivindicaciones no se pueden, de ninguna manera, dar por adquiridas. El liberalsocialismo tiene dos objetivos polémicos sustancialmente persistentes, más allá de las formas mutables que los mismos asumen en los diversos periodos históricos: por un lado, combate las tendencias recurrentes hacia el Estado mínimo, querido por los sostenedores del máximo mercado, que es generador y multiplicador de desigualdades, de discriminaciones y de privilegios; por otro lado, contrasta en la misma medida los peligros de un poder público desorbitado en la esfera de autodeterminación individual. Cuando Calamandrei escribía estas páginas, el segundo objetivo polémico estaba ciertamente representado por los regímenes del “socialismo real”:

¹² *Ibidem*, p. xxxvi.

¹³ *Ibidem*, p. xlv.

Del mismo modo en que una democracia verdadera y plena no se puede tener si no ahí en donde los tradicionales derechos de libertad política acompañen a los nuevos derechos sociales, así la democracia no se podría tener en donde, para satisfacer la exigencia económica, fueran limitadas o suprimidas las libertades políticas: es decir, en donde, para asegurar la justicia social, fuera sacrificada la libertad individual y destruida aquella igual posibilidad de participar en la vida política que, en la verdadera democracia, debe estar garantizada jurídicamente a cada ciudadano.¹⁴

En síntesis: Calamandrei desarrolla el ideal liberalsocialista en una teoría de la Constitución democrática que se funda en la tesis de la *indivisibilidad de los derechos fundamentales*. ¿Pero cómo defender el “sistema” de los derechos fundamentales frente a los enemigos políticos que podrían querer desmantelarlo, incluso después de su consagración en el texto constitucional? En primer lugar, según Calamandrei, los derechos fundamentales deberían ser considerados “derechos supra-constitucionales”:

Se podría pensar que de todas las normas constitucionales, cuya modificación estuviera reservada a la competencia de organismos constituyentes especiales, los derechos de libertad [hemos visto que con esta fórmula Calamandrei intenta abarcar las tres principales clases de derechos fundamentales], como aquellos que representan la base intangible de cada democracia, sean considerados derechos supra-constitucionales y, como tales, deban ser respetados por el mismo poder constituyente y salvaguardarlos incluso contra los atentados provenientes de éste. Esto es lo que pretendía significar la fórmula de la declaración de 1789, cuando proclamaba a los derechos de libertad como “*droits naturels et imprescriptibles de l’homme*”: derechos naturales, es decir, preexistentes a la constitución, independientes de las modificaciones de ésta, intangibles para el mismo poder constituyente.¹⁵

Quienes hoy estudian el así llamado “neoconstitucionalismo” sacarían provecho de la reflexión de Calamandrei plasmada sobre estas páginas.

En segundo lugar, se debería encontrar el modo de proteger los derechos fundamentales frente a los Estados mismos, que tienen, o mejor dicho deberían tener, el deber de defenderlos a su interior y que, por el

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. liv.

contrario, son casi siempre los principales responsables de su violación. Esta defensa no puede encontrarse más que a nivel supra estatal. Según Calamandrei, las declaraciones constitucionales de los derechos podrían tener no sólo un valor meramente moral, sino un auténtico alcance jurídico positivo.

Cuando, al mismo tiempo en el que se negara al Estado el poder de menoscabar los derechos de libertad en el ámbito de la legislación ordinaria y también en el ámbito constituyente, la defensa de éstos estuviera confiada a un órgano supra estatal, que tuviera el poder y los medios para salvaguardarlos frente a los atentados del Estado. Ésta puede parecer una utopía. [Pero es al contrario] una idea que podría fructificar en el futuro: la idea de que a través de un acuerdo internacional de todos los Estados, la garantía intercambiable de los derechos de libertad le sea sustraída al poder de los Estados en particular y le esté encomendada al control internacional de una federación superior de Estados.¹⁶

Es imposible no ver en estas palabras una clara formulación del ideal neokantiano del universalismo cosmopolita. Ideal que sigue siendo también para nosotros —no obstante la ONU, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre los derechos, la institución de tribunales supra-estatales como la Corte Penal Internacional— una utopía. No sólo la realidad se revela diametralmente opuesta. Hoy, el constitucionalismo, el paradigma del Estado de derecho, y junto a ellos la democracia, no sólo no están siendo eficazmente protegidos por organismos supra-estatales, sino que están siendo directamente atacados. Están amenazados por la globalización y por las políticas prevaletcientes que la permiten y la fomentan; se trata incluso de diversas globalizaciones: la del mercado, la del miedo, la de la guerra. De lo anterior resultan graves lesiones sobre todo para los derechos sociales, pero también para los derechos de libertad: baste pensar en el desastroso intercambio de “libertad contra seguridad”; y por lo tanto para los derechos políticos, que resultan debilitados por la falta de precondiciones liberales y sociales, y en muchos casos reducidos frente al crecimiento de tendencias demagógicas.

6. Quisiera concluir haciendo una breve referencia al pensamiento de Calamandrei en lo que se refiere a la segunda parte de la Constitución, es

¹⁶ *Ibidem*, pp. lv-lvi.

decir, a la organización del Estado. Para introducir el argumento, recorro nuevamente al análisis de Bobbio:

Nuestros constituyentes fueron dominados por la memoria histórica y colectiva de lo que le había pasado al Estatuto Albertino, que había tolerado su vaciamiento desde el interior y la transformación del Estado italiano de una monarquía constitucional a una dictadura permanente, y no quisieron descuidar ninguno de aquellos remedios que de vez en vez eran pensados y actuados para impedir o para dificultar lo más posible los abusos del poder: pluralismo social, garantía de los derechos individuales, promoción de los derechos sociales..., separación de los poderes, participación directa e indirecta de los ciudadanos en el poder político, descentralización y relativa desarticulación del Estado unitario en centros regionales que hagan fluir hacia la periferia la masa desbordante de poderes que históricamente habían confluído en los órganos centrales, sometimiento del mismo parlamento al control de legitimidad sobre sus actos. También en este caso, aunque hubo una solución por compromiso, ésta consistió en rehuir de los dos extremos de la república presidencial, que suscitaba la sospecha de inclinarse hacia el autoritarismo, y de la democracia asambleísta, que evocaba los hechos nefastos del libertarismo demagógico: con expresiones en el lenguaje político, de los extremos del bonapartismo y el jacobismo.¹⁷

¿Cuál fue pues la aportación de Calamandrei y del pensamiento liberal-socialista, a la segunda parte de la Constitución?

En primer lugar, son bien conocidas las batallas de Calamandrei para introducir la institución de la Corte Constitucional en la carta fundamental italiana y, sobre todo, como ya he recordado, para que se realizara en los hechos este pilar del Estado constitucional de derecho: batallas perfectamente consecuentes con la posición de quien consideraba a los derechos fundamentales como sustraídos incluso del poder de revisión constitucional.

En segundo lugar, no se puede dejar de recordar la batalla por la salvaguardia del principio de representación proporcional. Hay quien ha dicho que, por lo que hace a la forma de gobierno, Calamandrei era presidencialista. Eso es forzar las cosas, es más bien un error. En realidad, Calamandrei quería que todos reflexionaran sobre la oportunidad de encontrar técnicas aptas para favorecer gobiernos de legislatura durables.

¹⁷ Bobbio, N., *Dal fascismo alla democrazia, cit.*, nota 4, pp. 171 y 172.

La idea de Calamandrei podría ser definida como una especie de integración y de contemporización entre dos facetas institucionales del sistema democrático, que hoy se suelen llamar “democracia de investidura” y “democracia con indicación parlamentaria”. En efecto, Calamandrei propugnaba para que se votara en el Parlamento un programa de gobierno y para que el presidente del Consejo de Ministros de la República parlamentaria (subrayo: parlamentaria, no presidencial) asumiera la responsabilidad del mismo.

Hoy, la vida política de nuestra deteriorada democracia (no solo en Italia) se asemeja cada vez más *unilateralmente* a una especie de “lucha de las investiduras”: a una competencia, cada vez menos regulada por una correcta aplicación de las reglas del juego democrático, entre pocos personajes, llamados líderes, por ser investidos de un poder que, a su vez, se asemeja cada vez más al de un autócrata. Y en Italia se ha intentado también recientemente adaptar la Constitución a esta degeneración, es más, diría que se intentó sancionar la transformación de la democracia en una autocracia enmascarada: en el proyecto de reforma constitucional presentado en su momento por la derecha, y que fue rechazado por una amplia mayoría con el referéndum de junio de 2006, el juego político era concebido y congeniado de manera tal que resultara la atribución de *todo el poder al vencedor*, apoyado por mayorías preconstituidas y lo más posiblemente blindadas, coaguladas en torno a él (y que podrían ser chantajeadas por él, en la medida en la que se le reservaba al jefe del gobierno el poder discrecional de disolver las cámaras legislativas). Pero ésta habría sido a todas luces otra forma de régimen político: no una democracia sino una autocracia electiva. Y la Constitución, como ha dicho Sartori, se habría vuelto inconstitucional.

El peligro logró remontarse. Los enemigos de la Constitución fueron —por ahora— rechazados. Al menos en esta circunstancia, logramos guarnecernos de los enemigos. ¿Pero quién nos protege de los amigos?, ¿de ciertos (presuntos) amigos, que quisieran reintentar un nuevo compromiso constitucional?, ¿pero qué no se dan cuenta?, ¿no logran todavía comprender con quien tenemos que vernos las caras?, ¿aún no lo han entendido?

Con ello, no pretendo decir que en otras partes del mundo no sea oportuno buscar entre fuerzas políticas, incluso diversas y distantes entre sí, un compromiso constitucional nuevo o renovado. No sólo considero

incluso que intentar una empresa de este tipo es algo más que oportuno, sobre todo en aquellos países que están constreñidos por los lazos de formas asfixiantes de presidencialismo. Y me permito afirmar que la Constitución italiana actualmente vigente, la Constitución de Calamandrei, no obstante los defectos que el mismo jurista florentino reconocía en ella, debería ser asumida como uno de los posibles modelos en los cuales inspirarse. No dudo que Héctor Fix-Zamudio estaría de acuerdo en ello.

ENFOQUES CONCEPTUALES Y CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI

Juan COLOMBO CAMPBELL*

“La vida, la realidad y el porvenir de las cartas constitucionales de nuestra época, descansa en la justicia constitucional”.

Mauro CAPPELLETTI

SUMARIO: I. *Antecedentes que deben considerarse para cumplir los desafíos del derecho procesal constitucional en el siglo XXI.* II. *Un ejemplo de cómo la Constitución política se adapta a los nuevos desafíos del siglo XXI. El requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Costitucional.* III. *Su regulación en el sistema chileno a partir de la reforma de 2005.* IV. *Reflexiones finales.*

I. ANTECEDENTES QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA CUMPLIR LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI

1. *Conceptos generales*

Los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad que las Constituciones políticas deben necesariamente aprovechar, incorporándolos en sus textos y contemplando, como su na-

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

tural consecuencia, un sistema jurisdiccional que los proteja, a través de un debido y justo proceso.

Hoy existe una clara trilogía en que se entrelazan los conceptos de Constitución, jurisdicción constitucional y debido proceso constitucional.

El derecho constitucional clásico se ve así reforzado con los mecanismos eficientes de protección que le proporciona el nuevo y vigoroso derecho procesal constitucional.

En efecto, las Constituciones políticas modernas en sus textos consagran los principios, valores y bases del sistema jurídico normativo, el que, para ser eficaz, debe necesariamente contar con un mecanismo que resuelva jurisdiccionalmente los conflictos producidos por su quebrantamiento formal o sustancial.

Hoy observamos cómo el mundo civilizado en sus cartas básicas garantiza los derechos de las personas, regula sus relaciones con el Estado, distribuye el poder entre los diversos organismos públicos creados por la Constitución e instaura un sistema jurisdiccional integral que protege y garantiza la eficacia real de sus disposiciones y valores.

En este contexto, resulta evidente que la jurisdicción juega un nuevo rol trascendental al posicionarse como el medio idóneo destinado a resguardar a través del debido proceso el Estado de derecho y la supremacía constitucional, principios fundamentales destinados a regir los destinos de cada país, los de sus habitantes y protegerlos frente a cualquier tipo de quebrantamiento normativo o abuso de poder.

Es por ello que el profesor Louis Favoreu, en su trabajo sobre *Justicia y jueces constitucionales*, afirma que el desarrollo de la justicia constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del derecho público del siglo XX, en el viejo mundo y quizás en el mundo entero, y concluye que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Esto explica que en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto, además de una Corte Suprema o de un Tribunal de Casación, la existencia de un Tribunal Constitucional, al igual que como lo han hecho algunos países latinoamericanos. Esto es algo necesario de lograr en todo ordenamiento jurídico que se respete.

En esta perspectiva, la Constitución así estructurada definitivamente se plantea como una norma *decisoria litis* de aplicación directa por el juez, en la solución de todo conflicto constitucional sometido a su imperio.

Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la constitucional.

Existe coincidencia académica, en que toda Constitución impone la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional que garantice su cumplimiento y la plena observancia de sus normas y principios, y con un debido proceso que le permita ser efectiva.

En este entorno, el debido proceso se perfila como la culminación de la protección jurisdiccional de la Constitución, toda vez que si consideramos solamente la jurisdicción constitucional en abstracto y no al instrumento destinado a hacerla efectiva en el caso concreto, estaríamos frente a un sistema imposible, incompleto e inoperante de justicia constitucional.

Postulo que jurisdicción y proceso son conceptos indisolublemente unidos y que no pueden subsistir el uno sin el otro.

La jurisdicción sin proceso es inviable y el proceso sin jurisdicción no es un proceso jurisdiccional y, por lo tanto, lo inhibe para decidir un conflicto de intereses de relevancia constitucional con efecto de cosa juzgada.

La protección jurisdiccional de las disposiciones constitucionales por medio del debido proceso, constituye así el mecanismo que le permitirá recuperar su eficacia real, en caso de producirse un acto de cualquier sujeto que las quebrante. La sentencia que lo decida se presenta como el medio natural que reivindicará la plena vigencia de la norma constitucional vulnerada con la presencia del conflicto.

Es aquí donde emerge la figura de su guardián, el Tribunal Constitucional, magistral creación de Kelsen destinada a garantizar la eficacia de la supremacía constitucional a través del debido proceso.

Calamandrei, muy bien ha dicho que todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real.

Recordemos que a partir de la Revolución Francesa y de la consagración del principio de la separación de los poderes públicos, al sistema judicial le estaba vedado inmiscuirse en las atribuciones legislativas y administrativas. En consecuencia, carecían de jurisdicción para resolver conflictos constitucionales.

Sin embargo, el mundo ha presenciado las discrepancias entre los poderes públicos y la necesidad de resolverlas por medios racionales y pacíficos. Esta confrontación entre la exigencia de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar en su esencia el principio de separación de poderes, fue precisamente lo que motivó, a partir de Kelsen, la creación de tribunales constitucionales, con la atribución jurisdic-

cional específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le fuere lícito cuestionarla.

Luego este control de constitucionalidad se extenderá a los actos administrativos y según algunos, debiera también alcanzar la posibilidad de invalidar sentencias de los tribunales comunes, por vicios de inconstitucionalidad.

De este enunciado surge la diferencia esencial entre la jurisdicción común y la constitucional. La primera aplica la ley, por naturaleza nacional, y la segunda, la Constitución que recoge además elementos universales.

Esta área apunta directamente y al centro del tema de nuestra convocatoria, ya que en la práctica las Constituciones exigen y consagran garantizar por la vía jurisdiccional, el principio de la supremacía constitucional, postulado ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las cartas políticas del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Sin embargo, reitero en esta oportunidad que, como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistirá la posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes sobrepasen las disposiciones de la carta fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la supremacía constitucional resulta, pues, insuficiente.

Al hablar de este principio debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores fundamentales que están en la base de la misma, todos los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.

A propósito del tema, recuerdo a Cappelletti en cuanto expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Es por ello que García de Enterría concluye que hoy las Constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto incorporado en una Constitución, y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se plantea formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico positivo.

También la experiencia interna es válida para todos, en cuanto aquellas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta, además, que esta ampliación de la jurisdicción permite a los tribunales constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia.

Para cumplir su alta misión, los tribunales constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos y para intervenir, a través de la *jurisdicción de certeza*, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, garantizan el principio de la supremacía constitucional y logran dar eficacia real a los derechos personales.

También es un vaso comunicante el que se refiere a los límites funcionales de esta jurisdicción especializada, ya que aunque el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, determina de modo vinculante el sentido de los preceptos constitucionales, a él también le corresponde delimitar sus propias funciones, acotando su

jurisdicción del ámbito de actuación perteneciente a los tradicionales poderes del Estado.

Como afirmara Tomás y Valiente, dentro del sistema que es la Constitución, “Nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”.

La suma de estos factores es la que da eficacia al principio del mérito del proceso, que enmarca la competencia del Tribunal Constitucional en el caso concreto.

En esta nueva perspectiva surge el derecho procesal constitucional que incluye en su contenido este principio como valor esencial en su establecimiento y cuya presentación se hará en el apartado siguiente.

2. *El derecho procesal constitucional*

A. *Concepto*

El derecho procesal constitucional es aquella rama del derecho público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional, cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones.

Comprende la organización y atribuciones de los tribunales constitucionales y la forma en que éstos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso y con efectos permanentes.

Néstor Pedro Sagüés, uno de los grandes precursores de esta disciplina, en su obra *Derecho procesal constitucional*, nos dice que esta rama del derecho “es principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales”.

Por lo tanto, le corresponde al derecho procesal constitucional la función de aportar al sistema jurídico los elementos orgánicos y funcionales necesarios y apropiados para que un conflicto constitucional pueda ser decidido por medio de una decisión jurisdiccional, lográndose así la plena vigencia de la supremacía constitucional.

La obra de Hans Kelsen *Las garantías de la jurisdicción constitucional*, escrita en 1928, constituye, en opinión de Carlos Mesía, “el inicio de las formulaciones teóricas del derecho procesal constitucional”.

A partir de entonces, ésta disciplina surge con fuerza independizándose decididamente del derecho constitucional cuando en 1955, Mauro Cappelletti publica en Italia su monografía intitulada *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Esta obra, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, fue aceptada por un sector mayoritario de ambos continentes —Europa y América—, y corresponde en su desarrollo al conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos consagrados constitucionalmente. El trabajo de Cappelletti se complementará, más tarde, con su estudio sobre *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, publicado en Milán, en 1968.

Al entrar en funcionamiento los tribunales constitucionales en la mayor parte de las naciones jurídicamente organizadas, se produce un veloz progreso en el desarrollo del derecho procesal constitucional, el que en las últimas décadas comienza a enseñarse como disciplina autónoma. En el año 1982, la Universidad de Belgrano inauguró un curso de posgrado sobre el derecho procesal constitucional, experiencia que se repite en la Universidad de Chile y en otras universidades latinoamericanas. Hoy nos convoca a este magister internacional.

Concordante con las ideas expresadas, Luigi Ferrajoli ha calificado su establecimiento como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso.

Personalmente, estimo que es correcta la denominación de derecho procesal constitucional, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática.

El derecho procesal constitucional comprende el desarrollo de las siguientes áreas temáticas:

- a) El conflicto constitucional y sus formas de solución.
- b) El derecho procesal constitucional orgánico, y
- c) El derecho procesal constitucional funcional.

En el ámbito descrito, pertenecen al derecho procesal constitucional trascendentes materias del quehacer jurídico, entre las que cabe destacar:

la supremacía constitucional; la justicia constitucional; los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, decretos y otros actos públicos; y el amparo efectivo de las garantías que la Constitución asegura a las personas.

En síntesis, esta rama del derecho está destinada a proporcionar al país normas eficaces para la protección jurisdiccional de su Constitución, como más adelante se dirá.

Analizada su definición, cabe destacar, a continuación, que esta disciplina surge con fuerza e independencia cuando se crean en Europa los tribunales constitucionales, a los que se les otorga jurisdicción y competencia exclusiva y excluyente para decidir conflictos aplicando directamente, como se dijo, la Constitución como norma *decisoria litis*.

Kelsen, Calamandrei, Cappeletti, Favoreu, Fix-Zamudio, Couture, Pedro Sagüés, Brewer-Carias, Niceto Alcalá-Zamora, Rodolfo Pisa, este profesor y otros en Chile se encuentran entre los que han proclamado y enseñado el área que hoy se denomina justicia constitucional y que es propia, como toda la justicia, del derecho procesal.

La nueva dimensión de esta disciplina se encuentra estrechamente vinculada a la consagración del sistema del control concentrado de constitucionalidad, toda vez que los países que han elegido el modelo del control difuso, no requieren más normas que las procesales que ya tienen. Siendo así, en este último caso, el derecho procesal interno, con las adecuaciones necesarias, resulta suficiente para obtener el control jurisdiccional de constitucionalidad.

En cambio, en el sistema concentrado se requiere, a lo menos, una normativa que considere la ampliación del ámbito de la jurisdicción para incluir en su esfera de poder la solución de los conflictos constitucionales que, por producirse en su mayoría entre poderes públicos, por aplicación del principio de separación de funciones, anteriormente o no tenían solución o se autotutelaban.

Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar el principio de la separación de poderes fue, precisamente, lo que llevó a la creación de tribunales constitucionales en Europa continental, con la atribución jurisdiccional particular y específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le sea lícito cuestionarla.

Chile, en la Constitución de 1925, amplió limitadamente el radio de la jurisdicción de los tribunales establecidos, al otorgar a la Corte Suprema la facultad de declarar, en casos concretos y con efectos limitados a las partes del proceso, la inaplicabilidad de una ley por vicio de inconstitucionalidad, y a las Cortes de Apelaciones la facultad de conocer la acción de amparo de garantías personales. Por reforma en el año 1970 se creó el primer Tribunal Constitucional que funcionó con facultades insuficientes hasta 1973.

La Constitución vigente de 1980 lo restableció con una nueva composición y atribuciones, destacándose entre su competencia la que le otorga el control preventivo de las leyes orgánicas constitucionales y de las que interpreten algún precepto de la Constitución; la autoridad para invalidar ciertos decretos inconstitucionales; decidir conflictos que se susciten en la convocatoria a plebiscito; declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de los partidos políticos, organizaciones o movimientos que atenten contra la Constitución; resolver las inhabilidades de los parlamentarios o ministros de Estado, y, finalmente, participar en el proceso de declaración de inhabilidad del presidente de la República.

No obstante, mantuvo en la competencia de la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable por inconstitucionales a las leyes vigentes, jurisdicción que en virtud de un proyecto de reforma constitucional pendiente de tramitación, se traspasaría próximamente al Tribunal Constitucional.

Para ello se requiere la creación de un sistema de tribunales constitucionales o sus equivalentes y la dictación de las normas orgánicas que regulen su organización, atribuciones y funcionamiento.

B. Funciones que cumple el derecho procesal constitucional

Ellas están contenidas y surgen de los elementos de la definición que pasamos a considerar y que pueden resumirse así:

a) Incorpora al derecho normas destinadas a proporcionar una protección efectiva de la Constitución por medio del proceso jurisdiccional.

En otros términos, cuando se producen conflictos constitucionales y la norma básica queda indefensa, le corresponde al derecho procesal constitucional poner a su disposición las herramientas procesales adecuadas, que le permitan recuperar su vigencia real. Siendo así, la solución del

conflicto constitucional es el primer gran tema que corresponde a esta rama del derecho procesal.

El derecho constitucional analiza la Constitución, sus normas y valores, desde un punto de vista más conceptual. Pero, cuando su preceptiva es violentada y surge un conflicto de intereses de relevancia constitucional que debe ser resuelto, éste escapa del ámbito del derecho constitucional, que carece *per se* de los elementos indispensables y del poder para restablecer la supremacía de la Constitución. Ésta sólo puede obtenerse por medio de una sentencia jurisdiccional. De este modo, cuando el sistema crea tribunales constitucionales con competencia para dar solución al conflicto constitucional, se ingresa, a través del proceso, al ámbito del derecho procesal, que pone a disposición de los afectados por la infracción constitucional un tribunal competente e idóneo y las normas funcionales necesarias para tramitarlo y decidirlo en un debido proceso.

Como sostiene Allan Brewer-Carias, el juez constitucional al proteger la Constitución, siempre tiene un deber adicional al juez ordinario: debe defender la Constitución y, en especial, los valores que en un momento dado estuvieron en la base de su creación con miras a “mantenerla viva”.

b) El derecho procesal constitucional se pone en movimiento cuando surge el conflicto constitucional que se produce, como más adelante se dirá, cuando la autoridad o los particulares infringen la Constitución, lo que impulsa el ejercicio de su jurisdicción, salvo en los casos en que se exija que dicha violación sea denunciada por un sujeto legitimado al Tribunal Constitucional competente.

La forma que contempla el derecho procesal constitucional para resolver dichos conflictos, es el proceso jurisdiccional, en el cual un tribunal con jurisdicción y competencia aplicará la norma constitucional en el caso concreto y la interpretará si corresponde, decidiendo con su mérito. O sea, invoca en la sentencia la Constitución directamente como norma *decisoria litis*.

c) El sistema procesal, destinado a dar protección a la Constitución, puede contemplar uno o más tribunales constitucionales competentes o dárseles a todos los del sistema común.

El ordenamiento en cada país establecerá el tipo de control jurisdiccional de constitucionalidad que estime más adecuado. Si considera mejor el concentrado, deberá entregarle competencia a un Tribunal Constitucional, a una Sala Constitucional de la Corte Suprema o a un sistema de tribunales con competencia compartida.

En cualquier evento ello implica ampliar el radio de la jurisdicción a la solución de los conflictos constitucionales.

d) El conflicto se traspasará, para su decisión, al sistema de tribunales constitucionales a través de una acción, cuyos titulares deben ser precisados y legitimados; se establecerá un procedimiento al cual deberá someterse el proceso, el que terminará con la sentencia decisoria, cuyos efectos siempre serán trascendentes y, en especial, cuando declare la inconstitucionalidad de leyes o decretos.

C. Principales materias que comprende el derecho procesal constitucional

Algunos temas que necesariamente debe recoger el derecho procesal constitucional y que requieren urgente respuesta de los especialistas, se precisan a continuación:

- a) El control de constitucionalidad de los actos públicos y, si éste debe ser concentrado o difuso; *a priori* o *a posteriori*.
- b) En caso de optarse por el control concentrado, si éste debe dársele a un Tribunal Constitucional, a salas constitucionales en la Corte Suprema; o, si se estima mejor, contemplar un control compartido, en que otros tribunales pueden controlar la constitucionalidad de los actos públicos o privados, como es el caso actual en Chile de los Tribunales Electorales y de las Cortes de Apelaciones, cuando conocen estas últimas del amparo y de la protección de garantías constitucionales.
- c) Cuáles deben ser los principios aplicables para lograr una eficiente implementación e interpretación de la Constitución.
- d) Analizar la competencia adicional del Tribunal Constitucional como tribunal de emergencia, para resolver los grandes conflictos políticos, a fin de evitar que se busquen soluciones autotuteladoras.

Los principios informadores orgánicos y la realidad de cada país, deben iluminar al Constituyente para escoger la mejor forma de justicia constitucional.

Precisado lo anterior, paso a referirme a los principales temas que constituyen las funciones básicas que cumple el derecho procesal consti-

tucional. Éstos son la justicia constitucional, que por su importancia será objeto de un apartado especial de este trabajo; la supremacía constitucional y los sistemas para el control de la constitucionalidad de las leyes y otros actos públicos. A estos dos últimos nos referiremos a continuación.

La supremacía constitucional es un principio ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las Constituciones del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Por el momento, en esta parte del trabajo me limitaré a resaltar algunos elementos históricos y conceptuales que tienen especial incidencia procesal.

O la Constitución es la ley suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las Constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado Constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la Constitución es nula.

Con estas sencillas palabras el ilustre juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, John Marshall, exponiendo la opinión de la Corte en el caso *Marbury vs. Madison* consagraba definitivamente, a comienzos del siglo XIX, el principio de la supremacía constitucional.

Dicho principio, que reconociendo lejanos antecedentes había sido formulado originariamente por sir Edwards Coke, es la más efectiva garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que impone a los poderes constitucionales la obligación de ceñirse a los límites que la Constitución —como ley superior— establece, y a respetar los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura a todas las personas.

La idea de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley afirmó “que una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley,

por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido”.

Al indicar claramente las cartas fundamentales, como principio básico que todos los órganos del Estado y los particulares quedan sometidos a la Constitución, se establece la primera gran regla en que se consagra la supremacía aludida, siendo, en consecuencia, obligatoria para todos ellos.

Al respecto, cabe señalar que quedan comprendidos todos los órganos estatales, de gobierno, legislativos o jurisdiccionales, como todos los servicios administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentran vinculados orgánicamente al Estado.

El sólo hecho que el ordenamiento constitucional haya establecido esta amplia batería de instituciones para el resguardo de la supremacía constitucional y la protección de los particulares, frente a la extendida capacidad del Ejecutivo para administrar el país, es el claro reconocimiento de que el poder del presidente de la República en esta materia es amplio y requiere tener variadas instancias y contenciones en resguardo de los derechos de los ciudadanos.

En esta parte quiero coincidir con Brewer-Carías cuando señala que la justicia constitucional es fundamentalmente posible, no sólo cuando existe una Constitución, como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema.

Surge así la necesidad de existencia de mecanismos, sistemas o procedimientos destinados a preservar, en el orden de la realidad, esa supremacía constitucional establecida en el orden de las normas.

El control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto, articulado en una Constitución y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y, por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes, se articula

formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

Esta labor de integración del Tribunal Constitucional que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, la desarrolla al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo —comunidad compuesta de las más diversas tendencias— la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador.

Por ello que el Tribunal Constitucional como órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución, está protegiendo los principios que significan tal integración.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional es la eventual vigencia de leyes inconstitucionales, dado que éstas, por el carácter general que normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de continuas violaciones de la ley fundamental cada vez que sean aplicadas, por tanto debe buscarse un camino para que ellas sean eliminadas.

Su aplicación evita la alternativa, siempre atrayente para algunos, de usar la autotutela para resolver un conflicto constitucional. La historia está llena de ejemplos de conflictos entre poderes públicos que se han resuelto por la fuerza, llámese ésta revolución o golpe de Estado.

Los habitantes de la nación lograrán, como consecuencia de lo anterior, el pleno respeto de sus derechos constitucionales sólo cuando cuenten con el proceso como forma de hacer efectiva la supremacía constitucional.

El éxito de la supremacía constitucional tiene pleno sustento en las modernas concepciones planteadas por destacados juristas como Hans Kelsen, Mauro Cappelletti, Piero Calamandrei, Eduardo Couture y Pedro Sagüés, que al dar un nuevo enfoque a la eficacia jurisdiccional de las garantías constitucionales a través del proceso, la han configurado con autonomía.

La Constitución se plantea así, definitivamente, como una norma *decisoria litis*, de aplicación directa para el juez en la solución de todo conflicto constitucional.

En mi país, Chile, desde la década de los sesenta se enseñan las bases constitucionales del derecho procesal y las acciones y recursos constitu-

cionales destinados a protegerlas. Entre éstas destacan el amparo personal y la protección de las garantías básicas.

Puede decirse, como ya lo mencionamos al principio de este trabajo, que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional.

Concluyo esta parte afirmando que hoy la supremacía constitucional, además de cumplir su rol básico, es un derecho de los habitantes de la nación, tanto para lograr que se respete el sistema institucional, como para obtener la tutela jurisdiccional de sus garantías constitucionales.

Esta exposición comprende solamente un análisis básico de la supremacía constitucional, tema extensamente analizado por los estudiosos, para el solo efecto de justificar su inclusión en las áreas temáticas que integran el derecho procesal constitucional.

A continuación, por la importancia que reviste, me referiré a los sistemas para el control de constitucionalidad de las leyes, las que, como es sabido, caen dentro de la esfera de competencia de los tribunales constitucionales.

Para lograr la eficacia del principio de la supremacía constitucional, existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de los actos del Estado y, entre ellos, muy principalmente de los emanados del Poder Legislativo. El primero es el control difuso, que permite a todos los tribunales de un país declarar inconstitucional una ley invocada en un proceso sometido a su conocimiento y, por lo tanto, inaplicarla cuando su contenido es contrario a la Constitución. Es el caso de Estados Unidos, que a partir del famoso proceso que vuelvo a recordar, *Marbury vs. Madison*, decidido por la Corte en 1803, sentó jurisprudencia en el sentido de que todo tribunal norteamericano debía aplicar la Constitución si era contraria a una ley. Con variantes siguieron este ejemplo Argentina, Brasil, Colombia, México, Australia, Canadá, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El segundo, es el sistema concentrado de justicia constitucional, donde el control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos del Estado, producido en ejecución directa de la Constitución, le corresponde privativamente a un solo tribunal. Generalmente éste es un Tribunal Constitucional o una Sala Constitucional de la Corte Suprema. Su fundamento radica en la conveniencia de que sea un solo juez el que tenga facultad para interpretar la Constitución y determinar cuándo las leyes u otros actos de

autoridad son contrarios a sus disposiciones. Con ello se logra uniformar criterios en este sentido y dar eficacia real al principio de igualdad ante la ley y, como consecuencia, al de su igual protección en el ejercicio de sus derechos.

Este tema ha sido extensamente desarrollado por la doctrina, por lo cual, al igual que el anterior, me limito a mencionarlo por formar parte de las funciones que le corresponde a la rama del derecho que estamos analizando.

3. *La justicia constitucional*

A. Uso de la palabra justicia para referirse a la actividad que realizan los tribunales constitucionales

La justicia es un concepto valórico, subjetivo, estudiado y anhelado desde que el hombre convive con sus semejantes, pero pocas veces conseguido. No es éste el momento de entrar a su análisis filosófico —que desde Platón y Aristóteles se ha venido realizando— sino que veo ésta como una buena oportunidad para plantear una posición procesal en torno a la naturaleza jurídica de la función que realizan los tribunales constitucionales al decidir conflictos en materias de su competencia.

Desde el punto de vista científico, y el derecho —por cierto— tiene tal condición, no resulta fácil y diría que casi imposible, definirla incorporándola a una norma, para que a partir de ésta los jueces la apliquen como elemento fundante de su decisión. Muy por el contrario, la justicia es más bien un ideal que debe estar presente e iluminar el arduo camino que recorre el juez en cada proceso jurisdiccional.

En efecto, la expresión “justicia”, como ya lo insinuamos, implica un juicio de valor, filosófico, subjetivo y mutable de acuerdo a los tiempos y lugares y, como tal, no puede reflejar la esencia de lo que es la jurisdicción, concepto de la ciencia jurídica y, por ende, de validez universal en el derecho procesal constitucional y cuyo ejercicio provoca el efecto de materializar en una decisión humana, la petición de justicia.

Demuestra lo aseverado la existencia de diversas posiciones sobre lo que es justo en cada proceso. Para el juez, su sentencia es la expresión de la justa decisión de la *litis*, criterio que pueden compartir o no los jueces de alzada. Como se sabe, en un ordenamiento procesal pueden llegar a

dictarse tres o más sentencias diferentes para resolver un mismo conflicto y, naturalmente, cada sentenciador estimará que hizo justicia.

Esta situación es más grave en la justicia constitucional donde existe sólo una decisión que produce efecto *erga omnes*, en materias siempre trascendentes.

Enfocado ahora el concepto de justicia desde el punto de vista de las partes, la que obtiene estimará que la sentencia hizo justicia; el que pierde la verá como injusta. Cualquier persona puede tener opinión frente a la decisión judicial, considerándola justa o injusta. En suma, el término justicia no es correspondiente con el de verdad jurídica que, emanada de la cosa juzgada, las partes deben acatar y cumplir y los terceros aceptar. En cambio, ni la sentencia ni la cosa juzgada que de ella resulta, pueden alterar el juicio valorativo que cada cual tenga con respecto a la justicia de la decisión contenida en la sentencia.

Por las consideraciones expuestas, debe concluirse que la solución de cualquier conflicto, se estimará justa o injusta dependiendo del interés de quien la pondere. Lo justo para uno puede ser injusto para otro. Lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana.

Sin embargo, lo que es invariable y universalmente válido es que, agotados los medios de impugnación, la sentencia queda ejecutoriada, imponiéndose como consecuencia “la justicia del juzgador” en la decisión del conflicto *sublite*.

En el análisis de la alta función que cumplen los tribunales, se trata de buscar elementos constitutivos del concepto de jurisdicción, válidos para todos los tiempos y lugares, y que sirvan para explicarla en la constante histórica, en el presente y en el futuro. En este orden de ideas puede afirmarse que, en ejercicio de la función jurisdiccional, lo que los tribunales han hecho, hacen y harán es resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica en el ámbito constitucional, nacional e internacional.

En los más de cuarenta años de ejercicio de mi cátedra de derecho procesal en la Universidad de Chile y en los más de veinte dedicados a “la justicia”, me he formado la íntima convicción de que los jueces, seres humanos escogidos para ejercer la jurisdicción, lo que hacemos es decidir conflictos de intereses regulados por una normativa y sólo aspiramos a que nuestras decisiones se aproximen lo más posible al concepto ideal de justicia que todo juez lleva y cultiva en su interior.

Como expresión técnica se seguirá empleando el vocablo “justicia” para referirse al ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales con competencia constitucional, con la prevención de lo antes expuesto.

Mi viejo amigo el juez Rafael de Mendizábal, se refería a ella, en una conferencia en Sucre, sobre la “naturaleza de la justicia constitucional”, al exponer su proceso histórico, recordando que ésta nace “en 1803”, y que consiste en la revisión judicial de las leyes y de los actos de gobierno, como una manifestación más de la función jurisdiccional, al hilo siempre del caso concreto, “vivito y coleando”, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el supremo. No hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la material. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La “ley suprema” y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que se cuenta la concepción del *common law* con un alcance trascendente y el contexto en el cual se elabora la Constitución, donde se suscitó la posibilidad, aunque no faltaran las voces discrepantes.

Desde una perspectiva teórica, ya en 1761 había dicho James Otis que todo acto contrario a la Constitución es nulo y Hamilton, en 1788, desde el concepto de “Constitución limitada” explica que las limitaciones constitucionales

...no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los tribunales de justicia cuya función ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, sin lo cual todo derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los tribunales para un tal pronunciamiento —anulación de los actos legislativos— por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el Poder Legislativo. No es así. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los tribunales. Una Constitución es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental.

En este preámbulo deseo recordar lo expresado por Silvia Snowiss, la que, al referirse al análisis histórico sobre los orígenes de la justicia constitucional de Norteamérica, indicó que ésta ha surgido como un sustituto a la revolución. En efecto, si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato de los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke. En caso de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos por el pueblo. Como sustituto de la misma, sin embargo, surgió el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Ésta es, precisamente, la tarea del juez constitucional, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía del derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

B. Algunas consideraciones en torno a la justicia constitucional

La carta ordena los atributos de la autoridad, garantiza los derechos básicos de los habitantes del país y crea un sistema de autoprotección de sus normas, que es la justicia constitucional.

Aunque desde una perspectiva amplia toda justicia es constitucional, como se desprende en Chile de los artículos 73, 74 y 19, núm. 3, de la Constitución Política, que son comunes a otros textos constitucionales, la doctrina reserva esta denominación para identificar a la actividad jurisdiccional destinada a resolver conflictos por medio de un proceso en que la Constitución es aplicada directamente por el sentenciador como norma *de-cisoria litis*.

En este contexto conceptual, la justicia constitucional se perfila como aquélla destinada a dar eficacia al principio de la supremacía constitucional y al cumplimiento efectivo de su preceptiva, incluidas principalmente en ella la norma que se refiere a la protección de las garantías personales.

Cappelletti la define como la actuación, por vía jurisdiccional, de la norma constitucional, y agrega, que aunque tiene una vinculación con la política no la priva de la esencia de la jurisdicción, opinión que descarta la teoría de Schmith que considera a los tribunales constitucionales como legisladores negativos.

En el sistema europeo continental, que recogen nuestros países, la concepción del Estado de derecho está indisolublemente unida al establecimiento de la Constitución como norma fundamental y suprema, cuyo contenido debe prevalecer por sobre toda otra actividad jurídica de los órganos que regula —entre ellas—, según muchos, las propias decisiones jurisdiccionales.

Es el sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad. Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al referido control constitucionalidad.

A partir de Coke en Inglaterra; de la aplicación del control difuso de constitucionalidad en los Estados Unidos, y del control concentrado, que se inicia con Kelsen en Europa y que de allí llega a Latinoamérica, las Constituciones han incluido entre sus disposiciones al control preventivo o represivo como un mecanismo eficiente para lograr la eficacia plena del principio de la supremacía constitucional a través del debido proceso.

La Constitución, como señalan los grandes estudiosos del derecho procesal constitucional ya mencionados en este trabajo, protegida por la jurisdicción, pasa a ser una norma viva, eficaz y no sólo en su letra, sino en su espíritu, que se refleja en los valores y principios que, escritos o no, surgen de su preceptiva.

Además, su interpretación, apegada a reglas propias de hermenéutica y su adaptación a nuevas situaciones, es una trascendente labor que le está confiada a los jueces constitucionales.

De la misma forma, otorga al Tribunal Constitucional competencia para resguardar el principio de supremacía constitucional y el control constitucional superior de los actos de la administración.

En consecuencia, a la justicia constitucional le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica reguladas o amparadas por la Constitución Política, para así lograr la eficacia real de su preceptiva.

También es misión de la justicia constitucional la labor de adaptación de las declaraciones de los derechos fundamentales a la realidad siempre cambiante del país, correspondiéndole la facultad de fijar, a través de sus sentencias, el alcance de sus disposiciones. Ello resulta más trascendente cuando la carta fundamental contiene disposiciones redactadas de manera sintética o vagas o expresadas en conceptos indeterminados como lo

son los de libertad, orden público, democracia, justicia, dignidad, igualdad, función social o interés público.

Como lo sostiene la doctrina y lo confirma la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, la Constitución no sólo comprende aquello que está expresado formalmente en sus disposiciones, sino la interactividad de los valores que la inspiran y que constituyen las llamadas bases de la institucionalidad.

Es por estas razones que la Constitución, entre sus normas, debe necesariamente contener aquellas que permitan la solución de los conflictos generados por su infracción, como única forma de restablecer por medio de la sentencia, su eficacia real. Es aquí donde emerge y se exalta la figura de su máximo y legítimo guardián: el juez constitucional.

Ahora bien, partiendo del supuesto que la Constitución es la norma máxima que regula la convivencia social, cabe recordar nuevamente a Favoreu en cuanto expresa en torno a este tema que:

La consolidación de la justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Asimismo, la llamada jurisdicción de la vida política y del conflicto social latente, encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

Cabe también destacar en este orden de ideas que el Estado en uso de su potestad soberana, está por sobre todo conflicto común. En efecto, al legislar los previene; al administrar impide que se generen y al hacer justicia los resuelve. No obstante, del ejercicio de sus potestades públicas reguladas en lo esencial por la Constitución Política, pueden surgir a su vez trascendentes conflictos de intereses entre los poderes públicos o entre la autoridad y los particulares, los que tendrán o no solución jurisdiccional a través del proceso, de acuerdo al marco de referencia que la propia Constitución les señale y ello dependerá, fundamentalmente, de si se consagra o no la existencia de tribunales constitucionales para decidirlos por la vía del proceso preventivo o represivo.

El sabio jurista Kelsen fue el primero en postular la necesidad de establecerlos con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos que en el orden constitucional se produjesen, facultad que en virtud del principio

de separación de poderes públicos, le está vedada a los tribunales normales en el sistema europeo continental. Con ello, afirma, “se garantiza jurisdiccionalmente” la eficacia de la norma suprema.

Cappelletti ha escrito que el fin de la Constitución radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos; que esa finalidad yace más en la descripción de grandes programas que en la distribución de poderes. Añade que las Constituciones formulan esos objetivos supremos en términos de principios generales, de valores apenas enunciados y de conceptos no rara vez imprecisos. Pero, concluye ese maestro, las aludidas son ambigüedades gloriosas, cuya sustancia jurídica, en apariencia imperceptible, queda de manifiesto por la sabiduría de un recto Tribunal Constitucional. De esta manera, tales cortes dotan de sustancia normativa precisa a esas reglas enigmáticas, impidiendo que sean letra muerta; ellas logran, en definitiva, que los valores presentes en los preceptos jurídicos hagan que las Constituciones vivan porque son vividas. Es lo que Baldassarre denomina el significado de la *Constitución de valores*.

De lo expresado se desprende que en el ámbito del derecho procesal, a la justicia constitucional le corresponde intervenir en la decisión de los conflictos de intereses de relevancia jurídica reguladas o amparadas por la Constitución Política para así lograr la eficacia real de su preceptiva.

C. Constitución, justicia constitucional y derecho procesal constitucional

El juez norteamericano Joseph Caldwell señala que se puede decir que una Constitución es el esfuerzo de un pueblo para dejar escrito su espíritu sustantivo. También se puede decir que la jurisprudencia constitucional es, en gran parte, la búsqueda, dentro de los límites de las palabras escritas en ella, de un equilibrio entre todas estas fuerzas contrarias que se necesita en cualquier momento para que un pueblo siga gobernándose.

La Constitución que es constituida a través de la libre autodeterminación del pueblo, que contempla los límites y controla los diversos poderes del Estado y consagra el respeto y potencia los derechos fundamentales, todos principios constitucionales de la democracia moderna, es una Constitución que responde al sistema democrático.

También la Constitución, para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan. Esta misión es la encomendada al derecho procesal constitucional.

Como sentenció el juez Marshall, es “la ley suprema y soberana de la Nación” y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido rejuridificada en el sentido de que se le considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicables a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Para que exista justicia constitucional se requiere una Constitución y una jurisdicción constitucional que le permita controlar, por la vía del proceso, la vigencia real de su preceptiva. Es por ello que podemos afirmar con Zarcó Luksic que el tema de la justicia constitucional está íntimamente ligado al valor de la norma constitucional. Por otra parte el valor de la Constitución al interior de la comunidad humana está hoy sólidamente encadenada al sistema democrático.

Es del caso referirse aquí a la vinculación que existe entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección, que se incluyen en el derecho procesal

En la actualidad, de acuerdo a la moderna doctrina constitucional, en el concepto de Constitución deben concurrir una multiplicidad de elementos: un elemento formal, un documento legal y especial escrito; material, orientado hacia un objeto, y normativo donde se establecen normas jurídicas que son inmediatamente consecuencia del Poder Constituyente.

El *status* y significado de la Constitución en un Estado moderno que se sujeta a principios democráticos y de Estado de derecho, obliga a construir en su interior los mecanismos destinados a proteger y salvaguardar las normas que se contienen en ellas.

Uno de los instrumentos jurídicos por excelencia destinado a la tarea de protección de la normativa constitucional, es la que se ejerce a través de la justicia constitucional, que tiene por misión principal velar por el respeto del principio de la “supremacía constitucional”. Sin embargo, su cometido esencial no se reduce sólo a resolver la inconstitucionalidad de

las normas que son contrarias a la carta fundamental, sino que, además, tendrá la fundamental labor de interpretar dicha norma constitucional. Por último, en algunos casos, la justicia constitucional tendrá la tarea de conocer y resolver aquellas cuestiones donde el ciudadano ve violados sus derechos fundamentales o existen conflictos entre poderes.

En este contexto, al derecho procesal constitucional le corresponde el estudio de las siguientes materias esenciales:

- a) Velar por la aplicación del principio de la supremacía constitucional y de la eficacia de las garantías personales.
- b) Solucionar los conflictos constitucionales.
- c) Realizar la función integradora de la justicia constitucional.
- d) La defensa de la Constitución a través de su labor de intérprete de la Constitución.
- e) Colocar a disposición del Estado los elementos técnicos adecuados para que opere la carta fundamental.

También es útil agregar que los ordenamientos jurídicos constitucionales de las naciones que se inspiran en el Estado democrático de derecho, le otorgan al Tribunal Constitucional un rol de guardián de la Constitución. Tal denominación se deriva de la función de protección de los enunciados constitucionales ante el desborde que puede provenir de los demás órganos del Estado, sea este Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o de otra potestad que tenga consagración constitucional o jerárquicamente se encuentre subordinada a la Constitución. Sin embargo, hay que señalar que la defensa de la Constitución es una tarea que compete a todos los órganos y autoridades del Estado.

Hay que destacar que el papel que le ha tocado cumplir a la justicia constitucional desde sus comienzos ha sido de gran significación en la consolidación del Estado constitucional de derecho que se han dado las naciones democráticas.

Hoy, para los jueces, ya sea que tengan un control concentrado o difuso, la Constitución es, indiscutiblemente, una norma *decisoria litis*.

A lo largo de todo el proceso de configuración de los distintos sistemas de justicia constitucional, y muy específicamente los relativos a la creación de tribunales constitucionales como órganos encargados de asumir el control de la actividad normativa del legislativo, se aprecia un hilo conductor que es la aparición de estos órganos en países que están en pro-

ceso de creación de un orden constitucional nuevo que se percibe amenazado por resistencia en contra y que necesita afianzarse.

Los tribunales constitucionales se establecen en estas situaciones, como fórmulas de defensa de ese orden recién nacido que es necesario preservar y garantizar. De hecho, la evidente expansión de los tribunales constitucionales no puede ocultar la circunstancia de que estos órganos no se han articulado nunca en Estados que no han visto seriamente amenazado su orden constitucional y, sin embargo, sí se han percibido como una necesidad imperiosa en aquellas situaciones en las que ha habido que construir el Estado democrático en un contexto conflictivo.

4. *El conflicto constitucional y sus formas de solución*

A. Antecedentes

El conflicto constitucional se produce cuando una persona o un órgano público, con su acción u omisión, genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial, de preceptos o principios contenidos en la Constitución política.

Siendo así, la existencia del conflicto constitucional implica el quebrantamiento de la Constitución y su presencia en el mundo jurídico exige accionar los mecanismos previstos por el sistema para restablecer su plena eficacia.

Por lo tanto, resulta indudable que es la sentencia dictada en un proceso jurisdiccional el medio más eficaz con que cuenta el mundo civilizado para resolverlos y restablecer, como efecto derivado, la vigencia plena de la Constitución política.

Mirjan R. Damaska, en su obra *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, muestra los vínculos que existen entre los sistema de administración de justicia y la institución política por excelencia que es el Estado. En palabras del propio Damaska, “lejos de ser la rama del Estado menos peligrosa, la judicial es —quizás con alguna exageración— la única rama del Estado”.

Cabe también destacar en este orden de ideas, que Zagrebelsky entiende que la justicia constitucional se encuentra institucionalizada para decidir aquellos casos controvertidos que surgen de su aplicación. En otros términos, para decidir los conflictos constitucionales. Agrega que el de-

recho procesal constitucional es la suma de los elementos procesales y constitucionales. No existe un *pruis* ni un *posterius*, sino una reciproca implicación.

Rubén Hernández Valle en su obra *Derecho procesal constitucional*, señala que ésta estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales destinados a solucionar los conflictos constitucionales.

Reitero que fue Kelsen el primero que postuló su solución a través de tribunales establecidos fuera del sistema común. Con ello, afirma, “se garantiza jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema”.

Es por este motivo que en el mundo contemporáneo los conflictos constitucionales, primordialmente los que se generan cuando las partes involucradas son los poderes públicos, deben ser conocidos por un tribunal con competencia especial y exclusiva para resolverlos y los países civilizados tienen la tarea de establecerlos. No importa su nombre, lo que importa es que sea independiente, esté dotado con jurisdicción suficiente para imponer sus decisiones a los poderes públicos en conflictos y cumpla su misión de garantizar la eficacia de la Constitución.

En torno a esta premisa Cappelletti concluye que con el control jurisdiccional de los actos que atenten contra la constitucionalidad se ha consagrado un sistema “de pesos y contrapesos imprescindibles para vencer las tentaciones de un autoritarismo del Ejecutivo cuanto de la ineficacia verbalista de los regímenes asamblearios o partitocráticos”.

Por su parte, el profesor Eduardo Aldunate señala sobre este tema que:

...si hoy se concibe la jurisdicción como facultad a ser ejercida para el cumplimiento de la función jurisdiccional, y por ello tiene por objeto agotar el componente jurídico de los conflictos, cabe preguntarse cuál es el específico conflicto que habrá de manejar la jurisdicción constitucional. Básicamente podría responderse que éste se refiere a las pretensiones encontradas de los sujetos políticos sobre la aplicación de la carta fundamental. No hay un conflicto de fondo cuya aplicación pase por la aplicación de las normas, sino que, dentro de un sistema constitucional, el conflicto mismo (político, en su caso) se subsume en la pretensión de aplicación de la norma constitucional, en el específico sentido sustentado por quien reclama. Pareciera ser que la especialidad de la función jurídico-constitucional y de su concreción como facultad (la respectiva jurisdicción) va a radicarse en otras características, a saber: la norma a operar, la finalidad de la operación y el producto de la misma.

Volviendo al centro del tema de esta exposición, puede decirse que todo conflicto tiene su origen en la acción u omisión de un sujeto que produce como resultado una infracción al ordenamiento jurídico y, cuando la norma violada es un precepto constitucional, surge el conflicto constitucional, más relevante por su peligrosidad y conflagración, ya que siempre pone en peligro o la estabilidad institucional o la protección de las garantías de las personas.

Como conclusión puede decirse que el país que quiere una Constitución que se respete debe contar con una justicia constitucional que la ampare cuando es quebrantada.

B. Precisiones en torno al conflicto y sus formas de solución

Sobre el conflicto constitucional que estoy presentando y tratando de explicar pueden efectuarse algunas precisiones, a saber:

a) Su existencia es un hecho demostrado históricamente; los hay en el presente y se producirán en el futuro.

b) El empleo de la violencia en su solución hace difícil, por no decir imposible, la convivencia normal y racional entre las personas y los propios Estados. La guerra, ejemplo típico de solución violenta, ha hecho desaparecer países completos.

El uso de la autotutela en la solución de conflictos es la negación misma del Estado de derecho y tiene consecuencias catastróficas cuando deciden conflictos constitucionales.

c) Los Estados y las personas que pueden verse involucrados en estos conflictos deberán tratar de prevenirlos, y producidos, lograr su posterior solución por dos órdenes de razones, a saber: por motivos morales o de formación ética o jurídica o por el temor a la fuerza del adversario.

En consecuencia, los Estados para lograr su propia subsistencia, tienen necesidad de buscar medios que prevengan los conflictos y, producidos, solucionarlos a través de un proceso racional y debido que reemplace la violencia.

d) Históricamente, la autotutela de los intereses sólo ha servido para multiplicar los conflictos en vez de solucionarlos con efectos permanentes.

e) Son muchas las personas en nuestro mundo interesadas en buscar un camino pacífico de convivencia. Ello ha generado un interés colectivo

en regular la vida en sociedad, lo que viene a constituir la causa directa de la normativa jurídica a través de la Constitución política y sus mecanismos de eficacia.

f) La Constitución, al privar a las personas del uso de la acción directa autotuteladora, deberá asegurarles la eficacia de la acción procesal, para obtener a través de su impulso la apertura de un proceso en el cual se resuelva su conflicto.

C. Características del conflicto constitucional

a) El conflicto constitucional es un conflicto nacional que hoy tiene una solución pacífica, que es resuelto por un tercero, el juez, y que puede surgir, como se dijo, entre particulares y el Estado, o entre poderes públicos del propio Estado.

b) El conflicto constitucional presupone la existencia de un ordenamiento jurídico contemplado en lo esencial por la Constitución política, sin el cual no puede existir un conflicto susceptible de ser resuelto jurisdiccionalmente.

Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso, se garantiza la eficacia del principio de la supremacía constitucional.

c) Pueden ser objeto de este conflicto toda violación constitucional susceptible de protección jurisdiccional. Ello incluye al propio Estado, a las personas de derecho público que lo representan, a las personas en general y a las cosas. En este caso, su objeto es el determinar si un acto de la autoridad, llámese ley, decreto o sentencia, se ajusta a la Constitución. A este respecto resulta trascendente la facultad que la jurisdicción le otorga a los tribunales constitucionales para aplicar e interpretar la Constitución, según cual sea la competencia que use.

Entre ellos destacan el conflicto entre la Constitución y la ley que se produce cuando el Parlamento al aprobarla, infringe en su forma o en su fondo la Constitución y dependerá de cada sistema constitucional la competencia que se entrega al tribunal para decidirlo. Recordando nuevamente a Kelsen, puede decirse “la legislación está absolutamente subordinada a la Constitución, como la justicia y la administración lo están a la legislación”.

En Chile, siguiendo el modelo francés, la propia Constitución previniendo los conflictos que pudiesen presentarse cuando el contenido de una ley orgánica sobrepase el mandato constitucional, ha otorgado com-

petencia preventiva al Tribunal Constitucional para controlar su constitucionalidad, pudiendo declararla total o parcialmente inconstitucional, haciéndole perder su eficacia, en la medida que su sentencia declare que contempla preceptos contrarios a nuestra Constitución política.

d) Los tribunales constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos e intervenir, a través de la denominada jurisdicción de certeza, en el control preventivo de las leyes.

Puede concluirse que los tribunales pueden resolverlos sólo cuando la propia Constitución les otorgue competencia.

e) En general, podemos afirmar que la jurisdicción de los tribunales comunes de países que adoptan el sistema concentrado de control jurisdiccional, no alcanza a la posibilidad de solucionar el conflicto constitucional, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución lo estipule, como ocurre en mi país, con el reclamo de nacionalidad y con las acciones de amparo —*habeas corpus*— protección de garantías constitucionales e inaplicabilidad de la ley vigente por inconstitucionalidad.

f) El conflicto constitucional puede llegar a conocimiento de los tribunales constitucionales por acción de parte legitimada o por control obligatorio de constitucionalidad, como ocurre con las leyes orgánicas constitucionales, en Francia y Chile.

II. UN EJEMPLO DE COMO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SE ADAPTA A LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI.

EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 93, núm. 6 de la Constitución Política de la República.

El desarrollo del tema se hará en cuatro partes que corresponderán a los siguientes aspectos:

Primera parte. Marco histórico y doctrinario en que opera.

Segunda parte. La acción de inaplicabilidad en la Constitución política.

Tercera parte. Su regulación en el sistema chileno a partir de la reforma de 2005.

Cuarta parte. Algunas consideraciones y reflexiones finales.

1. *Marco histórico y doctrinario de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

A. *Breve reseña histórica*

La Constitución es una creación del hombre que le permite contar en el orden interno con una norma básica y prevalente que cumple los objetivos que todos conocemos. Fija las reglas de la actividad de los gobernantes, consagra garantías personales y crea mecanismos de solución de conflictos por medio del proceso

Toma fuerza a partir del siglo XX y se proyecta con mayor eficacia coercitiva en el siglo XXI.

Por su radio de acción, la Constitución rige en cada país, y por lo tanto, no regula ni resuelve las relaciones y conflictos internacionales.

En los tiempos primitivos el conflicto surgía cuando se enfrentaban dos o más personas con interés discrepantes sobre bienes o valores elementales como lo era la piel de un animal, el alimento o un territorio donde habitar.

Hoy los conflictos tanto nacionales como internacionales son múltiples, sofisticados, complejos y de difícil solución.

Cuando se estudia la teoría general del proceso, estructurada magistralmente en Italia por Piero Calamandrei, éste nos recuerda que el proceso es anterior a la norma, que ésta surge de él y que la divinidad y los ritos tuvieron trascendencia en su creación. Hoy la justicia constitucional liderada por juristas como Cappelletti, Kelsen, Favoreau, y Niceto Alcalá, en Europa, y Couture, Fix-Zamudio, Néstor P. Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Allan Brewer-Carías, en América, reflejan la culminación de esta evolución normativa.

Es bueno hacer historia, puesto que en la solución de los conflictos internacionales aún estamos viviendo el periodo primitivo de la autotutela.

Las ordalías de todos conocidas, basadas en el dios sentenciador, nos recuerdan que la justicia pasó por muchas etapas en que distintos personajes de la humanidad eran sus jueces. Emperadores, reyes, sacerdotes, guerreros, eran quienes decidían los conflictos.

Pero también el maestro de Florencia relata un caso curioso que un viajero etnólogo dice haber visto utilizar por una tribu salvaje, habitantes de las riveras de un lago africano; cuando surgía un litigio los dos contendientes eran atados a dos maderos plantados en las proximidades del lago, a igual distancia de la orilla del agua y allí eran abandonados en es-

pera de la sentencia. A poco se veía surgir de las ondas al juez, un caimán viejísimo educado en este oficio, el cual, después de haber considerado la situación, se arrastraba lentamente hacia uno de los postes. El litigante al que le tocaba ser devorado perdía la causa con la correspondiente condena en costas.

Desde la etapa de la justicia del jefe de la tribu, de los cadíes y del famoso juez Bridoye de Rabelais, han pasado muchos años y muchas cosas.

Hoy Constitución y proceso son una realidad en el mundo civilizado y en esa dualidad entra de lleno el análisis de la materia que nos convoca, la acción de inaplicabilidad de la ley por vicios de inconstitucionalidad.

El control de constitucionalidad presupone la existencia de una Constitución política, pero curiosamente, la protección jurisdiccional del Estado y los derechos básicos de las personas surgió en Inglaterra, que cuenta con un sistema de derecho consuetudinario.

No obstante, una de sus principales colonias, América del Norte, cortó con sus ancestros y dictó su famosa Constitución de 1787, que posteriormente aplicaría magistralmente el juez Marshall, a quien se le considera uno de los padres inspiradores de la supremacía constitucional.

Recordemos que expresó “*O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el Poder Legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria*”.

La decisión del proceso *Marbury vs. Madison* culmina su posición, que hoy es doctrina, y además conocida e indiscutida.

Este horizonte se enfrenta en la misma época con el irrestricto apego de los jueces, en Europa y Latinoamérica, a la ley basada en las teorías de Montesquieu y de la carta francesa con su trinomio pueblo-parlamento-ley.

A los jueces les está absolutamente vedado inaplicar la ley para la decisión de un caso concreto por pensar que podría ser contraria a la Constitución, puesto que la creación legislativa estaba en manos del Parlamento y se presumía ajustada a la carta magna.

Chile no se sustrae a esta posición ideológica, y durante el periodo de codificación impera el principio de la legalidad francesa lo que se plasma en la definición de ley, de Andrés Bello, expresada en el artículo 1o. del Código Civil.

Hace excepción a esta posición ideológica el sabio Manuel Egidio Ballesteros, quien se preguntaba en sus comentarios a la Ley Orgánica de

Tribunales de 1875, que es su obra, si puede un tribunal dejar de aplicar la ley a pretexto de que es contraria a la Constitución.

Los códigos de procedimiento civil y penal dictados a principio de siglo se encargarían de responder esa pregunta al reforzar la tesis de la legalidad de las sentencias al otorgar competencia privativa a la Corte Suprema para conocer del recurso de casación en el fondo tanto en materia civil como penal. Ello trajo como consecuencia que si cualquier juez de la instancia inaplicaba la ley con influencia en lo dispositivo del fallo, su sentencia sería invalidada por el máximo tribunal. La Constitución pasa así a ser un texto moral que contenía principios sin fuerza.

Esta posición se confirma en la Constitución de 1833, que no establece ningún tipo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, pero que, sin embargo, refuerza el poder parlamentario del Congreso, quien tenía la facultad de interpretar la ley.

Esta situación cambió sustancialmente con la dictación de la Constitución de 1925, la que en su génesis, don Arturo Alessandri inspirado en el sistema de control norteamericano y su paso por la Sorbonne, conjuntamente con Luis Barros Borgoño, planteaban firmemente la conveniencia de establecer en la nueva Constitución algún sistema de poderes que determinara si las leyes que se dictaban por el Congreso se ajustaban o no a la preceptiva constitucional.

El ejemplo más cercano a seguir lo proporcionaba el sistema de precedentes establecido por la Constitución norteamericana.

Europa en esa fecha sólo contaba con la Constitución austriaca propuesta por Kelsen y la Constitución checoslovaca de 1920, que muy pocos años antes de 1925 habían incorporado la existencia de un Tribunal Constitucional, idea que sí se barajó en las discusiones de la Comisión Constituyente acordándose en definitiva entregar esta novedosa y trascendente facultad a la Corte Suprema de Justicia, quien podría inaplicar la ley por considerarla inconstitucional

El debate termina con la aprobación del texto vigente de la Constitución de 1925, que sin cambios en esta parte por la Constitución de 1980, rige hasta el año 2005.

Curiosamente, el legislador de la época nunca dictó la ley creando el procedimiento necesario para operar esta competencia, vacío que fue llenado por la dictación de un auto acordado del mismo tribunal, el que aun rige para los casos pendientes de los que, conforme a la norma transitoria continua conociendo la Corte Suprema.

Esta etapa de control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley se caracteriza por lo siguiente:

- a) La Corte Suprema renuncia, interpretando el texto constitucional, a la declaración la inconstitucionalidad por motivos de forma, con lo cual claudica a una importante área de la facultad que le entregó la Constitución.
- b) Indicará correctamente que su jurisdicción al declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es negativa, lo que se traduce en que no puede sentenciar cual es la ley que debe aplicar el tribunal competente para resolver el litigio.
- c) La Corte Suprema, según consta en estudios elaborados por profesores especialistas en el tema, no priorizó el ejercicio de esta competencia por sobre su competencia común, en otros términos, mantuvo la línea como controladora superior y final de la legalidad pero no se mostró como un efectivo tribunal constitucional.
- d) Luego de una jurisprudencia vacilante, decidió que el control comprendía todas las leyes vigentes y no sólo las dictadas con posterioridad a la Constitución de 1925.

En el año 1969 se modifica la Constitución de 1925 creándose por primera vez un Tribunal Constitucional con la facultad de todas conocidas, pero se mantuvo la acción de inaplicabilidad en la órbita de la Corte Suprema, situación que confirmó la Constitución de 1980, que no obstante ampliar y precisar la competencia del nuevo Tribunal Constitucional, no le otorgó el control *a posteriori* o represivo de la ley vigente, que se mantiene en la Corte Suprema, por lo que con ello se implementó un control dual de constitucionalidad.

Con la reforma de 2005 se consolida y perfecciona el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, otorgándosele privativamente al Tribunal Constitucional mediante dos acciones diferentes, la de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad, que son diferentes, y que se comentarán más adelante.

B. La Constitución Política y su control jurisdiccional

En esta oportunidad no corresponde reiterar lo que es y qué efectos produce una Constitución Política. Por lo tanto me limitaré a precisar algunas ideas en torno a ella, que sirvan de sustento al estudio de la acción

constitucional que nos convoca, las que deseo iniciar con una cita de mi recordado amigo Louis Joseph Favoreu, quien afirma que bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Desde el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial. A partir de fines del siglo XX, el eje es la carta fundamental. Hoy debe, en consecuencia, hablarse del principio de constitucionalidad, porque la Constitución como lo dijo en un homenaje a Roland Drago en París, no es más un derecho de preámbulo ni de índole política, sino que es un verdadero derecho aplicable directamente por los jueces constitucionales.

Hoy los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad que las Constituciones políticas deben necesariamente aprovechar, incorporándolos en sus textos y contemplando, como su natural consecuencia, un sistema jurisdiccional que los proteja a través de un debido y justo proceso.

Es el “momento” del derecho procesal constitucional.

En esta perspectiva la Constitución definitivamente se plantea como una norma *decisoria litis* de aplicación directa por el juez en la solución de todo conflicto constitucional sometido a su imperio.

A partir de Kelsen emerge la figura del guardián de la Constitución destinada a garantizar su supremacía a través de un debido proceso.

Calamandrei acertadamente sostiene que todas las declaraciones constitucionales son fútiles si no existen medios jurídicos procesales que aseguren su eficacia real.

Lo mismo ocurre con las garantías que asegura a sus habitantes si no pueden hacerse realmente efectivas.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto incorporado en una Constitución y que se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se plantea formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás disposiciones del ordenamiento positivo.

Chile cuenta con una Constitución política que en lo que interesa regula la función legislativa y le entrega al Tribunal Constitucional competencia para velar por su constitucionalidad.

C. El conflicto constitucional entre la Constitución y la ley que puede decidirse mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Surge cuando los órganos colegisladores tramitan o acuerdan un proyecto de ley o la dictan en contravención a la Constitución política.

Este conflicto presenta las siguientes características:

- a) La infracción constitucional puede ser de forma o de fondo. La primera se produce cuando no se cumplen con los trámites previstos por la Constitución y la de fondo cuando su texto vulnera literalmente a la Constitución o sus valores y principios.
- b) La infracción puede afectar al núcleo de la ley o a una o más de sus disposiciones. En el primer caso, toda la ley será inconstitucional, en el segundo, sólo las disposiciones que violenten la carta fundamental.
- c) Nuestro sistema contempla un control preventivo y represivo en el tribunal constitucional. El primero es obligatorio cuando se trate de leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales o normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, y el control precisará de un requerimiento de los sujetos legitimados cuando se susciten cuestiones de constitucionalidad durante la tramitación de proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

El control represivo de la ley se contempla en los números 6 y 7 del artículo 93 de la carta fundamental. El primero para obtener la inaplicabilidad de una ley inconstitucional y el segundo para derogarla.

2. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Constitución política

A. Concepto

La acción de inaplicabilidad es la facultad que la Constitución otorga al tribunal constitucional para declarar que un precepto legal en un caso concreto en litis, es contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el juez que conoce del asunto.

El texto constitucional en el artículo 93, Núm. 6 lo precisa al señalar que es atribución del tribunal constitucional resolver “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución.

B. *Características*

- a) Es una acción procesal constitucional, toda vez que es el derecho que la Constitución otorga a los sujetos legitimados para abrir un proceso ante el Tribunal Constitucional para que éste decida si la norma cuestionada es o no constitucional. No es un recurso, puesto que éste por definición ataca resoluciones judiciales y aquí lo que se pretende es la apertura de un proceso.
- b) Contiene una pretensión procesal cuyo objeto es obtener la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por estimarse inconstitucional.
- c) Debe existir un proceso pendiente ante otro tribunal donde cualquiera de las partes haya invocado como fundamento de derecho una ley que podría ser violatoria de la Constitución.
Es lo que la carta fundamental llama “gestión” que se siga ante un tribunal ordinario o especial y cuyo control le corresponde en la fase de admisibilidad a una de las Salas del Tribunal.

Esta característica nos invoca a formularnos algunas preguntas:

- 1) Aplicación de esta normativa a los procesos arbitrales.
- 2) La misma situación tratándose de tribunales de lo contencioso administrativo.
- 3) Su aplicación en la protección de los amparos (artículos 20 y 21 de la Constitución). Esto último por cuanto podría pensarse que el control de constitucionalidad de los amparos le corresponde a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema, por lo cual en ese contexto podrían aplicar directamente la Constitución.

En mi opinión, estos tribunales si se enfrentan a una inconstitucionalidad deben recurrir al Tribunal Constitucional para que decida previamente el conflicto de constitucionalidad.

Mi pensamiento se basa en las atribuciones privativas que se concentraron en el Tribunal Constitucional ya que los amparos se basan en in-

fracciones a la ley, salvo el caso del artículo 21 en el evento de que el sujeto se halle arrestado, detenido o preso con infracción a la Constitución, en cuyo caso podría aplicarla directamente pero no podría inaplicar una ley que lo regule.

- d) La Constitución precisa que en un proceso se haya invocado un precepto legal que, además de ser inconstitucional, sea decisivo en la solución del conflicto. En otros términos que pueda tener influencia en lo dispositivo de la sentencia. La carta en el artículo 93 precisa esta característica en el inciso décimo primero en cuanto expresa que “pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”.

De esta característica surgen algunas interrogantes:

- 1) La ley cuya inaplicabilidad se solicita debe ser necesariamente *decisoria litis* o puede ser de otra naturaleza.
Respondiendo esta interrogante estimo que esta clasificación de las normas no tiene aplicación en la especie y que cualquiera que sea su naturaleza lo único que debe determinarse es si puede tener o no influencia en lo dispositivo del fallo, y para ello deberá estarse a la naturaleza de la infracción. Así, por ejemplo una ley orgánica sobre competencia puede, obviamente, ser determinante en la solución del conflicto, como resolvió este Tribunal recientemente en una sentencia recaída en el artículo 116 del Código Tributario.
 - 2) La infracción debe ser categórica o puede deducirse de derecho invocado por las partes. La respuesta se encuentra en la propia Constitución en la norma que acaba de transcribirse.
- e) Para que pueda resolverse la inaplicabilidad una Sala del Tribunal debe haber declarado previamente admisible la formación de proceso.
- f) Esta admisibilidad al no distinguir el Constituyente también se aplica a la acción deducida por los tribunales.
- g) La inaplicabilidad se tramita en su primera fase por una de las Salas y en su segunda por el Pleno, en el que se producen los emplazamientos, las relaciones y los alegatos.
- h) La competencia limita en el mérito de la norma impugnada, lo que se traduce en que el Tribunal no puede cuestionar la bondad de la ley sino que debe limitarse a confrontar su constitucionalidad.

- i) En uso de su jurisdicción el Tribunal tiene plena facultad para recurrir a todos los principios de hermenéutica constitucional que ha consagrado la jurisprudencia y la doctrina.
- j) Esta competencia es privativa del Tribunal y por lo tanto es excluyente, lo que en mi opinión elimina cualquier posibilidad de establecer un sistema de control difuso, lo que fuera del texto de la Constitución de 1925, de 1980 y de la reforma de 2005, se encarga el argumento de que los jueces son sujetos legitimados lo que se traduce en que en presencia de una inconstitucionalidad deben recurrir al Tribunal Constitucional.
- k) La Sala que conoce o conoció de la acción de inaplicabilidad está facultada para decretar orden de no innovar en el proceso donde se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, lo que significa que ese tribunal debe suspender la tramitación de la causa hasta tanto no exista sentencia del Tribunal Constitucional.

Esta característica llama a las siguientes preguntas:

- 1) Es indubitado que el Tribunal debe pronunciarse sobre ella cuando el actor lo solicita.
- 2) La pregunta es si el Tribunal puede ordenarla de oficio, en consideración a que la Constitución señala que a esta misma sala le corresponderá “resolver” la suspensión.
- 3) Si denegada la suspensión puede ser solicitada nuevamente. Este tema debe ser resuelto por la ley. Mientras tanto el Tribunal ha decidido, cuando deniega agregarle “por ahora”, por lo cual no pierde su competencia para decretarla posteriormente.
- 4) Si la acoge, tiene competencia para revocarla. Este tema igualmente debe ser resuelto por la ley y no se ha suscitado hasta el momento.

C. Efectos de la sentencia

Si se rechaza, el juez puede a su arbitrio aplicar o no la ley en la solución del conflicto. En cambio, si la acoge, su efecto concreto es que no puede aplicarla y es por ello que se señala que tiene un efecto negativo.

Si el Tribunal Constitucional acoge la inaplicabilidad carece de competencia para precisar la ley que debe aplicarse.

Finalmente, tenemos que considerar como efecto que, declarada inaplicable, la ley sigue plenamente vigente, pero que sí configura el presu-

puesto constitucional para que pueda ser posteriormente declarada inconstitucional por el Núm. 7 del artículo 93 de la carta.

Una materia que deberá resolver la ley es lo que ocurre si en ese proceso hay pluralidad de sujetos activos y pasivos, y si se generan efectos reflejos de la sentencia que acoge la inaplicabilidad, cosa que el sentido común precisa ser así.

Cosa diferente ocurre en el caso de que se rechace la inaplicabilidad y si ello impediría que los restantes sujetos puedan someterle nuevamente al conocimiento del Tribunal Constitucional.

D. Sujetos legitimados

a. Las partes

Pueden accionar de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cualquiera de las partes del proceso en que se aplicaría la norma inconstitucional.

El concepto de partes está establecido por los códigos procesales, y por ende, a ellos les corresponderá exclusivamente el ejercicio de esta acción. En materia civil y en materia penal, en los procesos que se rigen por el Código de Procedimiento Penal, la situación es clara.

En materia civil, puede existir una parte, o pluralidad de partes, activas o pasivas, y a ellas se les pueden sumar los que actúan como terceros, coadyuvantes, excluyentes o independientes, que son las llamadas partes tardías.

En el Código de Procedimiento Penal son partes el o los querellantes y el o los procesados, como igualmente en materia civil pueden serlo el actor civil y los terceros civilmente responsables.

La situación se complica a raíz de la terminología del Código Procesal Penal, que habla de “sujetos procesales” y de “intervinientes”, y por lo tanto deben asimilarse a la exigencia de “ser parte” señalada en la Constitución. Este tema deberá ser resuelto caso a caso por el Tribunal Constitucional, especialmente si el requerimiento es planteado por algún representante del Ministerio Público o decidir si el imputado o solo el formalizado se asimilan a la figura prescrita por la Constitución.

b. El juez que conoce del asunto

Nuestro sistema orgánico ocupa indistinta e indiscriminadamente los términos “tribunal” o “juez”, en circunstancia que en el ámbito procesal

corresponden a conceptos perfectamente diferenciados. En efecto, el tribunal es el órgano público al que la ley otorga competencia para conocer de determinados conflictos, y el o los jueces, son las personas naturales que actúan en su representación.

Si el tribunal es unipersonal, se produce una coincidencia, en cambio, si es colegiado, el tribunal tiene siempre más de un juez.

Planteado lo anterior, puesto que la Constitución establece como sujeto legitimado al juez, y no al tribunal, lo que llama a preguntarse si, eventualmente, un juez de un tribunal colegiado podría individualmente plantear un requerimiento de inaplicabilidad, o si por el contrario, siempre debiera exigirse la mayoría necesaria para formar la sentencia en la que se inaplicaría el precepto.

Esta materia, al igual que otras deberá ser materia de resolución del Tribunal Constitucional.

III. SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA CHILENO A PARTIR DE LA REFORMA DE 2005

1. *Regulación y procedimiento*

La Constitución concentró el control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional, estableciendo dos acciones perfectamente diferenciadas. La primera, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, número 6, de la carta fundamental, y la segunda, la acción de inconstitucionalidad del número 7 del mismo artículo, las que entraron en vigencia el 26 de febrero de 2006.

La aplicación de esta preceptiva ha logrado que el procedimiento que se está aplicando responda a los presupuestos del debido proceso que exige la Constitución política.

Recordemos que el capítulo II de la ley citada se refiere al procedimiento en el Tribunal Constitucional, que en el título 1o. establece normas generales de procedimiento, y en el título 2o. normas especiales, cuyo párrafo 2o. regula la sustanciación de los “conflictos de constitucionalidad”, carácter que indubitablemente tienen los generados por el ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Este Tribunal ha distinguido entre el procedimiento de la sala y del Pleno, el primero se inicia por un requerimiento que debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 39, si no los satisface, el Tribunal

puede hacer uso del artículo 41, no admitiéndolo a tramitación por resolución fundada.

En tal caso, los requirentes tienen el plazo de tres días para subsanar defectos o completar antecedentes.

2. *Admisibilidad*

Si el requerimiento cumple con las exigencias del artículo 39, o se subsanan los defectos, la sala se pronunciará sobre la admisibilidad, controlando si se cumplen las exigencias establecidas por la Constitución, que son las siguientes:

- a) Existencia de una gestión pendiente ante tribunal ordinario o especial, cuyo alcance ya fue comentado. Para acreditarlo se han presentado problemas prácticos, por cuanto la ley no ha resuelto si este antecedente debe ser presentado por la parte, o si el tribunal deberá oficiar para que se lo certifiquen. Paulatinamente la jurisprudencia deberá ir precisando hasta cuando hay gestión pendiente, entendiéndose por ahora que la hay mientras la sentencia que lo resuelva no esté ejecutoriada.
- b) Que la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto.
- c) Uno de los temas que hay que tener en cuenta se refiere al cambio de redacción que tuvo la norma en la Constitución, ya que anteriormente era una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, en tanto que ahora se está en presencia de una situación diferente, en que no es el precepto legal el que será declarado inaplicable, sino que su aplicación lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad que sobre precepto se realice. La historia fidedigna de este cambio de redacción del actual número 6, del artículo 93, no entrega ninguna explicación sustantiva.
- d) Esto puede resumirse de la siguiente forma:
 - 1) El texto vigente se refiere a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, en circunstancias que el texto reemplazado indicaba “podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución”.

- 2) Además, la actual Constitución sólo exige que el precepto legal impugnado pueda, en circunstancias que el antiguo texto era imperativo al señalar que el precepto legal debía ser contrario a la Constitución.

Esto implica que este Tribunal, como lo sostiene la prevención del ministro Mario Fernández, en el Rol Núm. 480:

Según el nuevo texto, por su parte, el Tribunal Constitucional apreciará la conformidad constitucional del precepto después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación. Esta normativa, además, se hace más compleja si se considera que las acciones de inaplicabilidad se pueden presentar respecto de preceptos legales por aplicar. Por lo tanto, en este evento, el cometido de esta magistratura puede llegar a cumplirse ante una doble situación hipotética: la aplicación futura y sus eventuales resultados.

- e) La impugnación debe estar fundada razonablemente, lo que queda entregado a la interpretación del tribunal a menos que la nueva ley orgánica lo precise.
- f) El requerimiento debe cumplir con los demás requisitos que establezca la ley, los que actualmente se señalan en el artículo 39 de la Ley número 17.997, Orgánica de este Tribunal Constitucional.
- g) También se exige que venga patrocinado por abogado habilitado y se confiera poder en los términos indicados en la Ley número 18.120.

3. *Tramitación en el Pleno*

Cumpliendo con las reglas del debido proceso, como actualmente la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal está aún en trámite legislativo, es que se ha establecido una resolución en cada caso que se encuentra en el Pleno del Tribunal, por el cual se establecen las reglas mínimas de procedimiento en ese momento, con indicación precisa respecto de la aplicación de las normas de la Ley del Tribunal Constitucional.

Posteriormente, deberán ser notificadas las partes, incluyendo a los órganos constitucionales interesados, esto es, el presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados, tal como lo indica el artículo 42 de la Ley del Tribunal, ya que se está en presencia de un conflicto de constitucionalidad regulado por su párrafo 2.

Con las observaciones o sin ellas, se fijará la vista de la causa con relación pública y alegatos de las partes, quedando la causa en estado de acuerdo para redactar finalmente la sentencia, la cual no es susceptible de recurso alguno, tal como lo indica el artículo 32 de la Ley del Tribunal.

IV. REFLEXIONES FINALES

1. *Inaplicabilidad e inconstitucionalidad.* Aunque ambas regulan conflictos constitucionales, difieren en una serie de aspectos esenciales que conviene destacar por cuanto recién se están comenzando a conocer y decidir por el Tribunal Constitucional dentro de la órbita de su nueva competencia.

Semejanzas

- Ambas son acciones destinadas a obtener por medio del proceso jurisdiccional la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una o más de sus disposiciones.
- Ambas están establecidos y reconocidas por el artículo 93 de la carta fundamental.
- Ambas acciones conocen y tiene competencia privativa para hacerlo el Tribunal Constitucional.
- Ambas resuelven un conflicto constitucional con efectos diferentes, como se verá más adelante, pero su fundamento es común, a saber, que un precepto legal es contrario a la Constitución.

Diferencias

- *Pretensión procesal:* la inaplicabilidad del número 6 pretende que un precepto legal no se aplique por un tribunal en la solución de un conflicto *sublite*.

La inconstitucionalidad pretende eliminar una norma del sistema legislativo.

En consecuencia, acogida la inaplicabilidad la ley se mantiene vigente; acogida la inconstitucionalidad la ley queda derogada de acuerdo al artículo 94, inciso tercero, de la carta.

- *Sujetos legitimados.* En la inaplicabilidad lo son las partes de un proceso que se sigue ante un tribunal y el juez que conoce del asunto.

En la inconstitucionalidad existe acción pública y el Tribunal está constitucionalmente legitimado para actuar de oficio.

Debe tenerse presente que a diferencia de lo que establecía la Constitución de 1980, el tribunal no puede declarar inaplicable un precepto de oficio.

- *Presupuesto de admisibilidad.* En la inaplicabilidad lo fija la propia Constitución. En la de inconstitucionalidad lo delega en el legislador orgánico, salvo en cuanto la carta exige para que prospere que debe haber una sentencia previa de inaplicabilidad.
- *En cuanto a su competencia.* Para la inaplicabilidad la Sala debe resolver la admisibilidad y la suspensión del procedimiento con un quórum de simple mayoría.

En la inconstitucionalidad no hay norma expresa y la resolución debe ser consensuada por los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio.

Cabe hacer presente que la Constitución en el caso de la inaplicabilidad se refiere a la mayoría de los miembros en ejercicio, en cambio, como se dijo, en la inconstitucionalidad a los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio, tema vinculado a la participación de abogados integrantes en la composición del Tribunal.

- *Efectos.* Cabe volver a precisar que acogida la inaplicabilidad la ley queda vigente y declarada la inconstitucionalidad, derogada.
2. El legislador tiene el deber constitucional de dictar una ley orgánica eficiente y suficiente para que el Tribunal pueda hacer uso de su competencia. Como sostiene el gran constitucionalista Rafael de Mendizábal, la falta de una ley que regule las competencias del Tribunal Constitucional no sólo es una carencia para el mismo tribunal, sino que con mucho más fuerza se trata de una falta de normas para hacer efectiva por parte de todas las personas de los elementos del debido proceso que la carta fundamental asegura a todas ellas. La misma idea la expuso en Chile don Alejandro Silva Bascuñán.
 3. El Tribunal Constitucional del que tengo el honor de formar parte desde 1980, primero como abogado integrante y luego como juez a partir de 1990, en cumplimiento del sagrado principio de la inexcusabilidad decidió en su Pleno comenzar a ejercer las atribuciones que en beneficio del país le asignó la reforma constitucional de 2005.

TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: UNA BREVE VISÃO PESSOAL*

Ivo DANTAS**

*Em homenagem ao Prof. Dr.
Héctor Fix-Zamudio*

SUMÁRIO: I. *Justificativa inicial e primeiras colocações*. II. *Do processo constitucional*. III. *O direito constitucional processual e o direito processual constitucional*. IV. *Da codificação e da consolidação*. V. *Nossa posição*.

I. JUSTIFICATIVA INICIAL E PRIMEIRAS COLOCAÇÕES

O título objeto destas considerações (que ainda podem ser provisórias) são motivadas por uma questão de ordem terminológica, com reflexos no que se poderia denominar *Teoria da Jurisdição Constitucional*, a saber: o uso indiscriminado das expressões *jurisdição constitucional*, *justiça constitucional* e *processo constitucional* por parte da Doutrina, significa

* O texto tem por objetivo desmanchar o equívoco (que nos parece existir) entre aqueles que tratam a *Jurisdição Constitucional* como sinônima de *Processo Constitucional*. Neste sentido, adverte que ambas as expressões são realidades distintas, com características e conteúdos próprios. Ademais, discutimos e apresentamos uma diferença entre as expressões *Direito Constitucional Processual* e o *Direito Processual Constitucional* e seus conteúdos. *Palavras-Chaves*: Constituição & Processo. Jurisdição Constitucional; Processo Constitucional; *Direito Constitucional Processual* e o *Direito Processual Constitucional*. Controle de Constitucionalidade.

** Professor titular (antigo Catedrático) da Faculdade de Direito do Recife-UFPE; doutor em direito constitucional-UFMG; livre docente em Direito constitucional-UERJ; livre docente em Teoria do Estado-UFPE.

que elas são *sinonímicas*? Ou, em caso contrário, estão sendo utilizadas de forma imprecisa e/ou mesmo errônea?

O problema aqui suscitado, em última análise, é conseqüência da falta de precisão terminológica que caracteriza os estudos sociais e de forma especial os estudos jurídicos, que até o momento não são possuidores de um vocabulário inteligível e aceito, facilmente, pelos iniciados.

A fim de facilitar a exposição e defesa de nosso entendimento, afirmamos que nossa posição é no sentido de que as expressões representam duas realidades distintas, ou seja, a *jurisdição constitucional* ou *justiça constitucional*, integrando o conceito genérico de *Jurisdição*, é espécie desta, e cuja competência é privativa para julgar as diversas espécies de *processo constitucional*.¹

Esta segunda expressão (*processo constitucional*), por sua vez, possui duas vertentes, a saber, um *sentido restrito* (voltado para o *controle de constitucionalidade como garantia da constituição*) e um *sentido amplo*, caracterizando em seu âmbito todos os denominados *remédios constitucionais (como garantias do cidadão)*, tais como mandado de segurança (ou equivalente), mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, *ação popular*...

Tratando do tema em capítulo intitulado “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, Domingo García Belaunde (*Derecho procesal constitucional*)² escreve que

...se acostumbra denominar como *jurisdicción constitucional*, al conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o en el dogmático. Dentro de ella, tienen destacada importancia el control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos humanos. Y esto dentro del área en donde actúa nuestro sistema romanista, en donde la problemática se inicia en forma sistemática en el período de entreguerras, si bien en nuestra América y en menor grado en la propia Europa, existen elementos y antecedentes de mayor antigüedad. Pero lo importante es que así se le conoce y este es el nombre que más se utiliza.

¹ Esta afirmativa não se aplica ao Brasil, cujo modelo constitucional confere ao Supremo Tribunal Federal competências que não são de natureza constitucional. Aliás, em nosso entender, o STF apesar de ser indicado como “Guardião da Constitucional”, não se assemelha, por diversos motivos, a um *Tribunal* ou *Corte Constitucionais*.

² Lima, Temis, 2001, p. 129.

También de gran predicamento, sobre todo por influencia francesa, es la utilización de *justicia constitucional*, que en rigor significa prácticamente lo mismo. Tanto es así, que el gran teórico de la disciplina, Hans Kelsen, les dio un significado equivalente”.³

Proseguindo, García Belaunde assevera que

...por cierto, estas no son las únicas diferencias terminológicas y conceptuales existentes, como ya en otro lugar lo hemos señalado, ni podemos olvidar los importantes planteos de Fix-Zamudio, que han merecido una justa acogida y sana discusión entre los especialistas. Tampoco podemos dejar de reconocer que, en los últimos tiempos, está abriéndose paso el concepto más amplio y más ajustado de ‘derecho procesal constitucional’, sobre el cual ya existe una literatura importante. Pero en la práctica, el concepto de *jurisdicción constitucional* debe reputarse como equivalente a derecho procesal constitucional, pues así es entendido por los especialistas y así ha ganado un público importante, que de esa manera identifica los temas de su preferencia.⁴ Si bien lo previsible es que con el tiempo se imponga el nombre *Derecho procesal constitucional* como una nueva disciplina, y que el de *jurisdicción constitucional* sea abandonado, o en su defecto, replanteado y sea considerado como uno de los capítulos de aquella.⁵

Em nosso entendimento, quando falamos em *Tribunal Constitucional*, *Jurisdição Constitucional* ou *Justiça Constitucional* caber-nos-á esclarecer sua natureza e suas relações com os demais poderes do Estado, se ela está representada por órgão único (controle concentrado), ou se, ao con-

³ O autor se refere a Hans Kelsen, especialmente na obra *La giustizia costituzionale* (Milano, Giuffrè Editore, 1981), do qual há uma edição brasileira, *Jurisdição Constitucional* (São Paulo: Martins Fontes, 2003).

⁴ No Brasil, inclusive, já existe uma grande produção bibliográfica sobre o tema. Vale noticiar que o Prof. García Belaunde se encontra realizando uma pesquisa entre os especialistas de diversos países, a fim de fixar, exatamente, o objeto do *Direito Processual Constitucional*.

Ao responder o *Cuestionario sobre Derecho Procesal Constitucional* que nos foi enviado, seguimos, exatamente, o que vai defendido neste estudo, mais precisamente, quando discutimos as expressões *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*. Referido trabalho foi publicado com o título de *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007. Nossa posição se encontra às p. 35-41.

⁵ *Ibidem*, p. 129-130.

trário, a competência de dizer o direito em matéria constitucional se encontra diluída entre vários órgãos, acima dos quais haverá uma Corte que decide em última instância. Em alguns casos, como acontece no Brasil, além de julgar em última instância (quando se tratar de controle difuso – *competência derivada*), tem a competência para apreciar e julgar de forma concentrada (*competência originária*).

Assim entendida, a expressão *Teoria da Jurisdição ou Tribunal Constitucional*⁶ comporta ainda as análises referentes à *Composição dos diversos modelos de Cortes, Forma de indicação de seus membros, duração de mandato ou vitaliciedade* (ex: EUA, Brasil).

Por outro lado, quando se tratasse de *Teoria do Processo Constitucional em sentido estrito*, estaremos diante de uma outra realidade, compreendendo-se aí a análise dos diversos tipos de *Ação de Controle de Constitucionalidade*. Neste sentido, no modelo do *controle concentrado*, serão discutidos os temas referentes a *cada espécie de Ação*, ou seja, *Legitimação Ativa, Procedimento, Teoria das decisões e Efeitos que delas decorrem, Recursos próprios de cada uma, etc.*

Ainda no âmbito do *processo constitucional em sentido estrito*, será tratado o *controle difuso de constitucionalidade*, enfrentando questões como o *momento em que pode ser argüida a matéria, procedimento, decisões e seus efeitos*, além *Recursos próprios de cada uma*.

À *teoria do processo constitucional (em sentido amplo)*, e como se disse, pertenceria o estudo de todos os *remédios constitucionais*, o que é feito através da legislação própria de cada sistema, impedindo, assim, que neste sentido, seja possível uma generalização, salvo naqueles casos em que o instituto exista em vários sistemas (ex: *Habeas Corpus*), seja nas hipóteses em que haja correspondência de institutos (*acción de amparo e mandado de segurança*, em certo sentido).

⁶ Bastante sintomático, neste sentido, é o título do livro *Jurisdicción y procesos constitucionales* no qual existem trabalhos de Francisco Caamaño Domínguez, Ángel J. Gómez Montoro, Manuel Medina Guerreiro e Juan Luis Requejo Pagés (Madrid, McGraw-Hill, 1997); Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Aranzadi, 2005; Grewe, Constance *et al.* (dirs.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005; Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; González-Trevijano Sánchez, Pedro José, *El Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000; Pérez Gordo, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983.

Em todos estes temas, defendemos que deverá o estudioso lançar mão de dados do *Direito Comparado* e da *História Comparada*⁷, como único caminho possível para se estabelecer uma *Teoria da Jurisdição e do Processo Constitucionais*.⁸

Neste sentido, são muito oportunas as palavras de Francisco Carnelutti em seu *Sistema de derecho procesal civil*⁹ quando escreve que

...para conocer el derecho vigente hace falta estudiar también el Derecho pasado, como para conocer el derecho de un país es preciso estudiar asimismo el de otro.

Se comprende así el beneficio que rinden a la ciencia del derecho la *historia* en sentido estricto, es decir, como narración de hechos pasados, y la *comparación*: una y otra extienden el campo de observación en el tiempo y en el espacio. Historia y comparación son dos manifestaciones de una tendencia, o más bien de una exigencia única: la comparación, entendida como investigaciones del derecho vigente en otros países, es también historia, o sea representación de hechos, y a la vez la historia, entendida como investigación del derecho vigente en otros tiempos, es asimismo comparación, puesto que la utilidad de conocer el derecho pasado no se revela sino al confrontarlo con el derecho actual. Pero ello no quiere decir que la introducción al estudio del derecho procesal haya de abarcar un conjunto de noticias acerca del derecho pasado o del derecho extranjero, que proporcionado en esa forma al alumno ayuno aun de los principios de aquél, solo serviría para complicar la representación de los fenómenos sobre los que se desenvuelva la indagación; y es evidente que desde el punto de vista didáctico, esa representación ha de reducirse al *minimum indispensable*, sob pena de engendrar una confusión nociva. La historia y la comparación deben, en cambio, acompañar la exposición de los principios, siempre que el contraste del derecho vigente con el derecho pasado o con el extranjero sea útil para la mejor comprensión de su alcance. Por otra parte, una y otra prestarán al estudioso sus mejores servicios cuando, en posesión ya de los principios, este en condiciones de apreciar las diversas instituciones y de ordenar así en su mente el conjunto cada vez más vasto de los datos. Por

⁷ A propósito, consulte-se nosso livro *Direito constitucional comparado – Introdução, teoria e metodologia*, 2a. ed. totalmente revista, atualizada e aumentada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.

⁸ Não adotamos a expressão *teoria geral*, por entende-la pleonástica, já que toda *teoria é geral*.

⁹ Vol. I: *Introducción y función del proceso civil*, Buenos Aires, Uthea Argentina, s/d, p. 2-3.

estas razones, las noticias históricas y las extraídas de la comparación deben, en mi opinión, constituir más bien un apéndice que una introducción al sistema. Que después ese apéndice se agregue o no a un tratado de Derecho procesal, es cosa que depende de razones de conveniencia, y como predominante entre ellas, la relativa a la existencia de otras fuentes fácilmente accesibles, en las que el estudioso pueda beber con provecho — conclui.¹⁰

II. DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Apesar de que a *Teoria do processo* tenha seus conceitos centrais aplicados a qualquer espécie de processo, nosso interesse este estudo é bem claro, ou seja, o *Processo constitucional*, sobre o qual José Afonso Da Silva¹¹ tratando das *Definiciones terminológicas* observa:

1. El tema demanda aclaraciones iniciales para eliminar las dudas que su imprecisión denota, especialmente porque el término *proceso* es asociado a diversas situaciones constitucionales, tales como proceso constituyente o proceso de formación de la constitución, proceso legislativo, proceso de *impeachment*, derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, etcétera. Frente a ello, la expresión *proceso constitucional*, para quien no convive con esta temática, bien podría dar la impresión de ser genérica y abarcadora de todas esas situaciones. No obstante, no es así y, ciertamente, se podrá verificar que significa algo mucho más próximo del proceso de control de constitucionalidad que la expresión que comúnmente se le asigna.

2. Podemos hacer, desde ya, una delimitación a partir de la idea de que la doctrina emplea la expresión *proceso constitucional* como instrumento jurisdiccional de solución de los conflictos derivados de la aplicación de

¹⁰ Cabe lembrar que, em geral, tanto o *direito comparado* quanto a *história comparada* são ministradas em nível de pós-graduação, exceção feita, pelo que sabemos, à Faculdade de Direito da PUC-Rj, que consagra a primeira disciplina no curso de bacharelado, a cargo da Profa. Dra. Ana Lúcia De Lyra Tavares. Assim sendo, concordamos com o que é defendido por Carnelutti, entendendo, porém, que nas áreas de concentração dos Cursos de Bacharelado (9o. e 10o. períodos) deveria haver uma disciplina voltada à comparação.

¹¹ “El proceso constitucional”, in Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución: garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, EDIAR, 2003, p. 753. *Itálicos nossos*.

las normas constitucionales. De ese modo, no tendrá conexión alguna con el proceso constituyente, el proceso de formación de la constitución, el proceso de constitucionalización o reconstitucionalización, que son procesos políticos, no jurisdiccionales; ni tampoco, con el proceso de formación de las leyes, el proceso legislativo, que es el proceso parlamentario.

Mais adiante, Afonso Da Silva escreve que

4. Kelsen fue quien estableció las bases doctrinarias del proceso constitucional, empero sin emplear esta expresión. Así, utilizó expresiones diversas, tales como: *jurisdicción constitucional*, *control de constitucionalidad*, *garantías constitucionales de la Constitución y justicia constitucional*.¹² En él ya se encuentran algunas señas distintivas. Así, consideraba con igual sentido las expresiones *garantías constitucionales de la Constitución y justicia constitucional*, que se referían a los medios técnicos destinados a regular el ejercicio regular de las funciones del Estado, y destacaba la *jurisdicción constitucional* y el *procedimiento de control de constitucionalidad* como los medios técnicos de realización de la justicia constitucional. No obstante, entendía que el control de constitucionalidad de las leyes representaba el objeto de la jurisdicción constitucional. Por eso, no se refería al *proceso constitucional* como instrumento de la actuación de la jurisdicción constitucional; en tanto, se limitaba a relevar el procedimiento de control de constitucionalidad.¹³

Pelo que foi trazido à colação, se verifica a dificuldade com que as Doutrinas, tanto nacional quanto estrangeira, se defrontam para definir e caracterizar a locução *Processo Constitucional*, principalmente, em razão da variedade de expressões que são utilizadas com a finalidade de significar o mesmo que aquela expressão, e dentre as quais se destaca *Jurisdição Constitucional*.

Ademais, cumpre não esquecer que ao contrário do que possa parecer aos menos avisados (*só o processo constitucional se fundaria em norma constitucional!*), qualquer pretensão pode fundamentar-se em norma constitucional e/ao lado de normas de outras naturezas. Neste sentido, é a

¹² O autor cita o livro de Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, cit., nota 3. Vale lembrar que existe uma edição brasileira; Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

¹³ *Ibidem*, p. 754.

lição de Jesús González Pérez (*Derecho Procesal Constitucional*)¹⁴ quando, estudando *derecho constitucional y proceso* escreve:

La existencia de unas normas fundamentales o constitucionales diferenciadas en el cuadro del ordenamiento jurídico no comporta sin más la existencia de un proceso especial con aquel objeto específico. No existe una correlación entre proceso y normas de derecho material. Es cierto, como ha dicho Alcalá-Zamora y Castillo que, normalmente, si su distinta índole motiva el fraccionamiento de la jurisdicción en ramas, o la especialización de los juzgadores dentro de ellas, nada más natural que haya dado lugar a una división del derecho procesal en diferentes sectores. Ahora bien, “no cabe decir que, en todo caso, a un conjunto de normas substantivas perfectamente diferenciadas corresponde una clase de proceso y solo una, porque el paralelismo, por razones de múltiple índole, no se ha guardado en toda sua pureza”.¹⁵ Esta falta de correspondencia entre normas sustantivas —concretamente, normas constitucionales— y proceso —proceso constitucional— puede tener lugar: porque no exista un proceso específico para examinar pretensiones fundadas en derecho constitucional, porque normas de derecho constitucional funden pretensiones que han de ser examinadas en procesos distintos y porque en un mismo proceso se examinen y actúen pretensiones fundadas en derecho constitucional y en normas de distintas naturaleza.

Las normas de derecho constitucional pueden servir de fundamento a pretensiones deducidas en procesos que no tengan este objeto específico.¹⁶

Mais adiante, é incisivo:

Si las normas que sirven de fundamento a la pretensión no constituyen elemento diferenciador válido del proceso constitucional, sí lo constituyen el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se confía su conocimiento. En tanto en cuanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a una clase especial de órganos jurisdiccionales, puede hablarse de un proceso constitucional o político diferenciado de los demás.

En el ordenamiento jurídico español existe tal atribución a unos determinados órganos jurisdiccionales: el Tribunal Constitucional.

¹⁴ Madrid, Civitas, 1980, pp. 39-40.

¹⁵ Neste texto aspeado, o autor cita Guasp, em seus *Commentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, I, p. 28.

¹⁶ Esta é a hipótese, entre nós, do controle incidental de constitucionalidade.

El Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional para conocer determinadas pretensiones fundadas en normas constitucionales, delimita el ámbito de un proceso especial netamente diferenciado de los demás tipos de proceso.

Será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional.¹⁷

1. *Natureza jurídica do processo*

Ponto capital de nossas reflexões diz respeito à *Natureza jurídica del proceso constitucional*, sobre a qual González Pérez desdobra em 2 (dois) itens, como se vê:

1. *Es un proceso*

La defensa de la Constitución atribuida al Tribunal Constitucional se configura como un auténtico proceso. Las normas constitucionales sirven de fundamento a una pretensión que se deduce por un sujeto frente a otro ante un órgano estatal supraordenado a las partes.

Estamos ante un complejo de actividades de órgano jurisdiccional y partes en que se concreta la función jurisdiccional del Estado.

2. *Es un proceso especial*

Si la distinción entre procesos común y especiales radica en la naturaleza de la Jurisdicción a la que se atribuye su conocimiento, parece indudable que en el Ordenamiento español el proceso constitucional ha de considerarse proceso especial. Su conocimiento no se atribuye a los órganos de la Jurisdicción ordinaria —característica esencial de los procesos comunes—, sino a un órgano jurisdiccional que está fuera del marco de la Jurisdicción ordinaria. Como todos los ordenamientos inspirados en el precedente austriaco de la Constitución de 1920 (restablecida en 1945), obra de Hans Kelsen y de su Tribunal de Justicia Constitucional instaurado en 1926, el conocimiento de los procesos cuyo objeto específico son pretensiones fundadas en normas de Derecho constitucional se atribuye a una Jurisdicción especial, desgajada de la común organización judicial e incluso de la estructuración tradicional de los Poderes del Estado.

En orden a la determinación de las normas aplicables a este sector procesal en lo no previsto en la regulación específica se aplicarán las normas generales reguladoras del proceso común por antonomasia: el proceso civil.¹⁸

¹⁷ *Op. cit.*, nota 14, p. 41.

¹⁸ *Ibidem*, p. 42. Itálicos no original.

María Mercedes Serra Rad¹⁹ ao tratar do *proceso constitucional*, e fazer várias referências doutrinárias, cita Enrique Véscovi ao conceituá-lo como aquele que “tiene por objeto la materia constitucional”. Em seguida, agora tratando da *naturaleza del proceso constitucional* relaciona várias posições, a saber:²⁰

a) El proceso constitucional como un “auténtico proceso”, pero “especial”; b) El proceso constitucional como un “proceso voluntario”; c) El proceso constitucional como un “proceso contencioso” e, finalmente, d) El proceso constitucional como una “ficción”.

Na primeira perspectiva (*El proceso constitucional como un “auténtico proceso”, pero “especial”*) leciona Serra Rad que

...algunos autores sostienen que el proceso constitucional es un auténtico “proceso”, como lo indica su nombre, pero de naturaleza “especial”. Así lo define González Pérez, quien considera que existen —como en todo proceso— dos partes, que deducen pretensiones fundadas en normas constitucionais, ante un órgano preestablecido, mediante una serie de actividades. En otras palabras, es “un complejo de actividades de un órgano jurisdiccional y partes en que se concreta la función jurisdiccional del Estado”; y aclara el autor: es un proceso “especial”, ya que no entenderá de esas pretensiones cualquier órgano jurisdiccional o común, sino un órgano jurisdiccional especial que se sitúa fuera de la jurisdicción ordinaria.²¹

Na segunda perspectiva (*El proceso constitucional como un “proceso voluntario”*) observa que

...los autores italianos —entre otros Carnelutti, Cappelletti— consideran que en el proceso constitucional no existen partes; hablan de un “proceso voluntario” (de “jurisdicción voluntaria”) por entender que el juez, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad o al franquear la petición que —por vía de excepción— plantea la parte al respecto, deduce la solicitud de autorización para eludir el deber de aplicar la ley.

Es cierto, sin embargo, que esta tesis solo se comprende en jurisdicciones constitucionales donde no hay recurso directo contra leyes ni recurso de amparo, y donde, además, se considera como “complementario”, y no

¹⁹ *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 51 e ss.

²⁰ *Ibidem*, pp. 53-55.

²¹ Vale observar que a posição de González Pérez é, justamente, a que já foi citada acima.

“principal”, de la justicia constitucional la función de arbitraje (o resolución de conflictos) entre poderes.

No tocante à concepção que identifica el *proceso constitucional como un “proceso contencioso”*, escreve Serra Rad que

cierta corriente de opinión considera que el proceso constitucional importa un verdadero proceso contencioso, ya que subsiste por debajo una auténtica litis y su resolución dependerá de lo siguiente: si la norma impugnada por ser contraria a la Constitución, se debe aplicar o no, si permanecerá dentro del ordenamiento jurídico o si, al contrario, deberá ser eliminada del mundo jurídico. En este sentido se enrola el profesor Enrique Véscovi.

A juicio del profesor González-Deleito y Domingo²² “el presupuesto ineludible para poder hablar de proceso constitucional es la preexistencia de un *status* litigioso: la posible colisión entre constitución y ley, el entrecruzamiento de intereses subjetivos contradictorios (la parte a quien conviene la declaración de inconstitucionalidad y la parte a quien perjudica tal declaración)”.

Otros autores aluden a la existencia de “verdaderas partes procesales”, si bien con distinta intensidad, en los diferentes procesos constitucionales. Así admiten la existencia de “partes demandantes”, “partes demandadas”, “parte general”, “partes coadyuvantes” y “quienes ostentan un interés legítimo.

Sobre a última das correntes ou perspectivas (*El proceso constitucional como una “ficción”*), afirma Serra Rad que, segundo Geiger

...el proceso constitucional es pura ficción, que se justifica en la necesidad que el Estado tiene de atribuir a uno de sus órganos la función de determinar lo que es constitucional o no —y a lo cual los demás órganos del Estado deben inevitablemente acomodarse—.

Señala el autor citado —continúa a autora portenha— que la esencia del proceso constitucional es radicalmente distinta de la de los procesos civiles o contenciosos, y precisamente por esa misión atribuida al Tribunal Constitucional de decidir definitivamente lo que el Estado quiere, los efectos de sus decisiones no pueden ser comparados a los de las sentencias de los demás tribunales.

²² O livro de Nicolás González-Deleito Domingo a que se refere María Mercedes Serra Rad, tem por título *Tribunales Constitucionales - Organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos, 1980. A posição citada encontra-se à p. 12.

Explica el autor alemán que en el proceso civil, el Estado decide con carácter general sobre pretensiones que le son ajenas y en presencia de partes que son portadoras de derechos propios. En el proceso constitucional es diferente y su existencia sólo es posible como consecuencia de una ficción jurídica, porque ejemplificando con los conflictos entre órganos, todas manifestaciones especialmente de los órganos constitucionales, son manifestaciones de un único, en esencia inseparable, poder del Estado. Por ello, *no es posible un conflicto del Estado consigo mismo, de modo que, para facilitar el proceso, la ley otorga a determinados órganos capacidad procesal y finge una relación jurídica, sobre cuya existencia y contenido debe discutirse y ser judicialmente decidido. Se actúa como si existieran diversos titulares con derechos propios y como si esas "partes" estuvieran frente al Estado como tenedor de la Gerichtshoneit, pero en realidad es la única persona jurídica Estado y el único poder del Estado que demanda, es demandado y juzga. Concibe así al proceso constitucional como un "autocontrol del Estado" sobre la juridicidad de sus propias manifestaciones soberanas.*

Finalmente, em item intitulado *mi opinión*, Serra Rad faz uma correta análise-conclusão da *natureza jurídica do processo constitucional*, com a qual concordamos em sua integralidade. Afirma:

A mi entender, el proceso constitucional resulta un verdadero proceso, que tiene por fin la protección de los principios constitucionales, especialmente los que otorgan derechos a los individuos, frente a las decisiones ilegítimas de la autoridad pública, y la tutela de su supremacía constitucional. La litis existe tanto en el proceso constitucional por vía directa o indirecta, que se resolverá al solucionarse la cuestión definitiva de legitimidad constitucional. El objeto del proceso lo constituirá, pues, esa ley o acto u omisión administrativa o judicial impugnada, que colisiona con una norma constitucional. Por tanto, el fin del proceso constitucional apuntará al control y a la declaración sobre la constitucionalidad o no de un determinado acto o omisión estatal, o de determinada disposición legal, por parte del órgano constitucional competente, como resultado del proceso previsto para efectuar el control constitucional. En suma, *por medio del "proceso constitucional" se pretende la realización efectiva del orden normativo, la concreción del jusnaturalismo, la defensa jurídica de la libertad.*²³

²³ *Ibidem*, p. 56. Itálicos nossos.

Rubén Hernández Valle (*Derecho procesal constitucional*)²⁴ afirma que:

...desde Kelsen existe una confusión entre los términos *justicia constitucional* y *jurisdicción constitucional*, que se ha ido acentuando con el transcurso del tiempo.

La primera acepción, según algún sector de la doctrina, es preferible por dos razones: una de carácter filosófico, pues subraya que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores suprajurídicos y otra de carácter netamente jurídico, según la cual dicha acepción abarca además de la existencia de un órgano especializado en la materia, todos los procedimientos de carácter procesal mediante los cuales se encarga a determinados órganos estatales la imposición forzosa de la Constitución.

Em seguida, o mesmo autor refuta ambas as posições,²⁵

...afirmando que “ninguna de las dos razones es convincente; la primera porque soslaya el problema sacándolo de la órbita jurídica; la segunda, porque conduce lógicamente que solo se pueda hablar de jurisdicción constitucional en aquellos ordenamientos en que exista un órgano especializado en la materia. Bajo tal prisma, países como Estados Unidos cuna de la jurisdicción constitucional, Argentina, México, Venezuela, etcétera, carecerían de jurisdicción constitucional, por no existir una jurisdicción concentrada en la materia. *Lo que interesa, como es obvio deducirlo, es que existan órganos estatales especializados o no que ejerzan el control y que sus decisiones sean vinculadantes.*

Por otra parte —continúa Hernández Valle—, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, “la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esa forma la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación”.

²⁴ San José (Costa Rica), Editorial Juricentro, 1995, p. 32. Itálicos nossos.

²⁵ *Ibidem*, pp. 32-33.

E conclui Hernández Valle: “*Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, lo cual nos lleva a indagar las otras dos acepciones generalmente utilizadas al efecto: jurisdicción constitucional y Derecho Procesal Constitucional*”.²⁶

Diante das controvérsias apontadas, em nosso entendimento parece-nos possível resumir afirmando que a *Jurisdição Constitucional*, é definida sob uma *perspectiva orgânica*, assim entendida como o conjunto de órgãos que, integrando ou não a Jurisdição como Poder do Estado, tem competência para conhecer e julgar as ações de controle da constitucionalidade e os remédios constitucionais. Em outras palavras, pode ocorrer que integrem o Judiciário (EUA com a Suprema Corte e Brasil com o Supremo Tribunal Federal), ou como nos modelos Europeus nos quais as Cortes ou Tribunais Constitucionais não integram o Judiciário. Por outro lado, o *Processo Constitucional* seria sempre definido sob uma *perspectiva material*, ou seja, como o conjunto de atos regulados pela Lei, determinando como e em que condições a Jurisdição Constitucional se manifesta.

Em outras palavras: quem é competente para decidir sobre tais matérias; quem poderá provocar a jurisdição (legitimação ativa); provocada, qual o caminho a ser seguido e como (procedimento); quais os efeitos de suas decisões, etc...

No caso específico do Brasil, vale mencionar que inúmeras são as Leis que regulam a *Teoria do Processo Constitucional em sentido estrito*, ou seja, os diversos tipos de *Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade*: a *Lei no. 9.868, de 10.11.99* (DOU 11.11.99) que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*”, *Lei no. 9.882, de 03.12.99* (DOU 3.12.99), que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”.

Com relação ao controle incidental, devemos citar a *Lei no. 11.417, de 19.12.06* que “regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a *Lei no. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de *súmula vinculante* pelo Supremo Tribu-

²⁶ *Ibidem*, p. 33. Itálico nosso.

nal Federal, e dá outras providências e a *Lei no. 11.418, de 19.12.06* que acrescenta à *Lei no. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil*, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal.²⁷

Por outro lado, no tocante à *Teoria do Processo Constitucional em sentido amplo*, há de ser referida toda a legislação que trata dos diversos *Remédios Constitucionais: Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Popular, etc...*

Mais à frente, discutiremos a conveniência, ou não, do que se poderia chamar de *Codificação ou Consolidação das Leis do Processo Constitucional*, através da qual seriam unificados todos os diplomas legais que digam respeito à matéria referida.

III. O DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL E O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Em última análise, e pelo que já foi dito, pode-se afirmar que a *Jurisdição Constitucional* é competente para conhecer e julgar os *Processos Constitucionais*, assim entendidos em razão da *matéria* e da *competência*.

Para tanto, merece que se discutam as expressões *direito processual* e *direito processual constitucional*, fixando-se, corretamente, o âmbito de aplicação de cada uma delas, sem esquecermos que se trata de uma discussão de natureza epistemológica.

Domingo García Belaunde (*Derecho procesal constitucional*)²⁸ ao analisar *Las Inevitables Limitaciones* observa que

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

Precauciones que, como lo sabe toda persona situada dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en donde nace el *derecho*, aunque la consolidación sobreviene mucho después, en largo período que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tan vastos

²⁷ Esta Lei se refere à Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, que motivou a Reforma Regimental do STF pela Emenda Regimental no. 21.

²⁸ Bogotá, Temis, 2001, pp. 1-2.

conocimientos tenemos que saber por dónde andamos, cuánto avanzamos, o si es que estamos dando vueltas en torno de algo útil. Además, tratándose del derecho procesal —y aquí aceptamos provisionalmente que el derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle—, el asunto se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna, en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento, por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven, que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades, sobre todo en cuanto al derecho público interno. En consecuencia, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado solo en los aspectos principistas o de partida, debe ser consciente de estas limitaciones.

Em seguida, já no item intitulado *El “nomen iuris”*, García Belaunde escreve que

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

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

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

Aceptemos, pues, la expresión “derecho procesal constitucional”, con cargo a mayores precisiones —conclui o autor peruano.²⁹

Elvito A. Rodríguez Domínguez³⁰ ao analizar as expressões *derecho constitucional procesal* e *derecho procesal constitucional* afirma que

...en relación con el derecho procesal, las Constituciones tienen dos clases de normas: unas, que se refieren a la estructura del Poder Judicial u órgano jurisdiccional del Estado, su organización, la forma de acceso al cargo, las garantías de que gozan los magistrados, sus responsabilidades, la creación de organismos especiales para la selección y nombramiento de los magistrados, establecimiento de garantías de la administración de justicia que aseguren el debido proceso, etcétera; y otras cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales atinentes a los derechos de la persona y al cumplimiento de la jerarquía normativa también dispuesta por la Constitución, concediendo acciones para recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer efectivos estos derechos, y que disponen se dicten leyes de procedimiento para canalizar dichas acciones.

El primero grupo de normas sirven de fundamento al Derecho Constitucional Procesal porque se trata de disposiciones que se refieren a la administración de justicia en general. Las segundas, *son normas procesales contenidas en la Constitución cuya finalidad es resolver conflictos en materia constitucional* y que se tramitan en procesos especiales: éstas sirven de fundamento al derecho procesal constitucional.

Mais adiante, depois de afirmar que “es necesario determinar si efectivamente existen estas dos disciplinas, es decir, el derecho constitucional procesal e derecho procesal constitucional”,³¹ escreve Rodríguez Domínguez que

...la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, estamos todavía en el ámbito del derecho constitucional, porque la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir que también existe un derecho civil constitucional o derecho del trabajo

²⁹ *Ibidem*, pp. 2-3. No item 3, o autor tece considerações sobre *Los orígenes del nombre*, fazendo um levantamento bibliográfico bastante interessante.

³⁰ *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 1999, pp. 13-14. Itálicos no texto.

³¹ *Ibidem*, p. 15.

constitucional (la Constitución tiene normas sobre la familia, la propiedad y normas laborales).³²

Doutrina ainda que

*...en suma, el Derecho Procesal Constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.*³³

Finalmente, Rodríguez Domínguez conceitua o direito processual constitucional como sendo “aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales que sirven para efectivizar el respeto de la jerarquía normativa que señala la Constitución y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la carta magna establece”.³⁴

Uma das maiores obras publicadas na Argentina sobre o tema é de autoria de Nestor Pedro Sagüés, intitulada *Derecho procesal constitucional*.³⁵ Para ele,

*...el derecho constitucional procesal, en síntesis, es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal). Entre esas cuestiones procesales pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia (garantías para los jueces, para las partes, formalidades esenciales del procedimiento, etcétera).*³⁶

³² *Ibidem*, p. 15. Observe-se que a posição do autor referido vai em sentido oposto àquele reconhecido pela doutrina, exatamente, ao consagrar um *Derecho Constitucional do Trabalho*, um *Derecho Civil Constitucional*, *Derecho Económico Constitucional*, etc...

³³ *Ibidem*, p. 16. Itálico no original.

³⁴ *Ibidem*, p. 17.

³⁵ Buenos Aires, Astrea, 4 volumes, 1989. Nela o autor estuda os institutos do Direito Processual Constitucional, principalmente, o Recurso Extraordinário.

³⁶ *Ibidem*, t. I, p. 4.

Em relação ao derecho procesal constitucional, afirma Pedro Saqués que “esta rama del mundo jurídico se sitúa en el *derecho procesal*, y atiende a los dispositivos (obviamente jurídicos) procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la *jurisdicción constitucional*, y tiene dos áreas claves: la *magistratura constitucional* y los *procesos constitucionales*”.³⁷

Em estudo posterior ao já mencionado *Derecho procesal constitucional*, Nestor Pedro Sagüés (*Los desafíos del derecho procesal constitucional*),³⁸ depois de observar que “no es sencillo precisar cuándo nace el Derecho Procesal”, aponta que “los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano “*de homine libero exhibendo*”, preludio del “*habeas corpus*” inglés que ya aparece en la Carta Magna (1215)”.

Em seguida, tendo feito um levantamento do *Direito processual constitucional na América Latina*, reconhece um amplo crescimento do mesmo, tanto em nível de graduação como de pós-graduação, pelo que “la cuestión es, pues, propicia para reflexionar sobre los principales retos que hoy afronta la asignatura”, após o que aponta o *desafío espacial* como o principal dos desafios. E escreve: “aludimos aquí al tal vez principal de los retos: el de la superficie que debe cubrir el derecho procesal constitucional. Es el problema de su extensión y contenido, a la vez que de su perímetro y fronteras. Dónde comienza y dónde termina? Cuáles son su perfil y su relieve?”.³⁹

E prossegue:

Hay en este punto dos posturas claves, cada una con sus variantes:

A) – La versión mínima del *derecho procesal constitucional* lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: *la jurisdicción constitucional*.⁴⁰

³⁷ *Idem*.

³⁸ In Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, pp. 21-41.

³⁹ *Ibidem*, pp. 23-24.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 24. Itálicos nossos. O texto é relativamente longo, mas de leitura bastante útil.

Para esta concepción, el derecho procesal constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.

En los países con control concentrado de constitucionalidad, la temática tiende a estrecharse: la magistratura constitucional sería el Tribunal o Corte Constitucional, y los procesos constitucionales, los diferentes recursos y trámites que se ventilan ante aquél, en aras de tutelar la supremacía de la Constitución.

Pero en los países con control difuso o desconcentrado, al estilo de los Estados Unidos, resulta que todo juez es, en principio, idóneo para juzgar la inconstitucionalidad de un precepto; y esa inconstitucionalidad puede alegarse también en cualquier proceso. Con ello, la superficie del derecho procesal constitucional sufriría una expansión enorme. Para circunscribirla de algún modo, en estos países se prefiere reservar la expresión “proceso constitucional” sólo para determinada clase de procesos: los especialmente destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales, como —por ejemplo— la acción de inconstitucionalidad, el recurso extraordinario (cuando opera como vehículo del control de constitucionalidad), el *habeas corpus*, el amparo o el *habeas data*.

Aun, así, el problema no está de todo resuelto. Que decir, por ejemplo, de órganos no judiciales que pueden realizar control de constitucionalidad, como por ejemplo el Congreso de los Estados Unidos, cuando una de sus Salas (la de representantes) acusa, y el Senado juzga, en el juicio político (*impeachment*) al presidente o a otros funcionarios federales? Qué opinar sobre el rol del Parlamento, cuando en muchos países evalúa la validez constitucional de los diplomas de los legisladores que se incorporan al mismo? El acoplamiento o el rechazo de esa magistratura constitucional no judicial al derecho procesal constitucional (y de los consecuentes procesos o trámites) importa un terreno todavía en disputa entre el derecho constitucional y la disciplina que nos ocupa.⁴¹

B) Pero hay otra región más debatida —prosegue Pedro Sagüés—. Aludimos al *derecho constitucional procesal*, sector del Derecho Constitucional que trata de los *principios constitucionales regulatorios del proceso*.⁴² Las reglas de la Constitución concernientes al debido proceso y a la defensa en juicio resultan, a menudo casi confundidas con las normas relativas a los procesos constitucionales. Por ejemplo, la doctrina excludo-

⁴¹ Em nota de rodapé, o autor faz referência a uma *jurisdicción constitucional parlamentaria* e indica a consulta a Biscaretti Di Ruffia, em seu direito constitucional.

⁴² *Op. cit.*, nota 38, p. 25. Itálico nosso.

ria del “fruto del árbol venenoso” (*fruit of the poisonous tree*),⁴³ que reputa constitucionalmente inválidas las probanzas obtenidas en un proceso penal a partir de un acto lesivo al debido proceso constitucional, atrae irresistiblemente a los procesalistas constitucionales. Lo mismo ocurre con principios como los de pronta justicia, la erradicación de las confesiones compulsivas, el derecho del justiciable a ser juzgado por sus jueces naturales y a obtener una sentencia que para que sea constitucional también debe ser razonable, de lo que nace la teoría de las “sentencias arbitrarias” como opuestas a la Constitución, etcétera.⁴⁴

Depois de todas estas considerações, Sagüés, sob a forma conclusiva, afirma:

Claro está que si se añade al derecho procesal constitucional todo el derecho constitucional procesal, esa sumatoria engendra una rama jurídica por cierto inmensa, de contornos imprecisos y con una vocación expansiva preocupante.

En aras de comprender esta situación de indefensión, puede decirse que como disciplina joven que es, el derecho procesal constitucional sufre, al modo de un adolescente, un periodo de crisis de identidad y de falta de madurez que sólo el tiempo podrá resolver. Corresponde, pues, asumir este reto, y encararlo sin evasivas o negaciones que en nada sirven para superarlo.⁴⁵

Em livro intitulado *Constitución y proceso - La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*,⁴⁶ Augusto Mario Morello escreve que

...acerca de las fronteras un poco huidizas entre el “derecho procesal constitucional” y el “derecho constitucional procesal”, se ha hecho notar el deslinde acordando a la primera de esas disciplinas (dentro de la ciencia del proceso) lo que atañe a la “justicia constitucional”, estableciendo instrumentos específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, lo que incluye una jurisdicción especializada como la Corte o el Tribunal constitucional, idea originaria de Kelsen, plasmada en la Constitución aus-

⁴³ Capella é autor de um livro com o título *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado* (Madrid, Trotta, 1999). Há uma tradução brasileira (*Fruto Proibido. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002).

⁴⁴ *Op. cit.*, nota 38, p. 26.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 26-27.

⁴⁶ Buenos Aires, Librería Editora Platense-Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 36.

tríaca de 1920. Resplandece la “jurisdicción constitucional de la libertad” (Cappelletti) como referida a los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución: amparo, *habeas corpus*, que deben jugar de una manera directamente operativa y en el tratamiento de los límites de los órganos del Estado y de sus relaciones cuando se suscitan conflictos de poderes. A su vez, contenido del “derecho constitucional procesal” (en la órbita del derecho constitucional) son las categorías procesales específicas que se han elevado a normas constitucionales para reforzar en concreto garantías de la audiencia y del debido proceso: el acceso a la justicia, el derecho a la justicia o a la jurisdicción, las garantías del juez natural, independiente, imparcial, inamovible, etcétera (acuñadas por Couture).

J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e Teoria da Constituição*)⁴⁷ discute os conceitos de *direito processual constitucional* e de *direito constitucional processual*, além de se referir ao *direito processual judicial*.

Desta forma, para ele, o *direito processual constitucional* compreende *dois sentidos*, sendo um *amplo* e outro *restrito*. No primeiro (*sentido amplo*), “entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional (*cf.* CRF, artigo 221)”.

Em *sentido estrito*, o *Direito Processual Constitucional*

tem por objecto o *processo constitucional*. O *processo constitucional* reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos. Neste sentido, o processo constitucional é o *processo de fiscalização da inconstitucionalidade* de normas jurídicas (*cf.* CRP, artigo 223/1).⁴⁸

A seguir, observa Gomes Canotilho que o “*direito processual constitucional*, seja em sentido amplo seja em sentido restrito não deve confundir-se com o *direito constitucional processual*”.⁴⁹

⁴⁷ 5a. ed., Coimbra, Editora Almedina, 2002.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 955. Itálicos no original.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 956.

Neste sentido, o direito constitucional processual abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal. Alude-se aqui ao *direito constitucional processual penal* ou *constituição processual penal*. A doutrina refere também o *direito constitucional processual administrativo* ou *constituição processual administrativa* para dar ordenação ao conjunto de regras e princípios constitucionais processualmente relevantes para o julgamento de litígios respeitantes a relações jurídico-administrativas e fiscais (*cf.*, sobretudo, o artigo 268 da CRP). Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o *direito constitucional processual civil* ou *constituição processual civil* para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis.

E prossegue: “Por outro lado, existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem *direitos fundamentais constitucionais*, constituem também princípios constitutivos de toda a ordem processual”.⁵⁰

Finalmente, afirma Canotilho que

o direito constitucional processual conforma também o direito processual constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um *paradigma processual* na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os códigos processuais ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições. O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional do processo.⁵¹

Interessante na posição do constitucionalista português, é a referência que faz ao *Direito constitucional judicial* ao escrever:

não se deve confundir direito processual constitucional com *direito constitucional judicial*. Embora haja muitos pontos de contactos, os dois têm objectos diferentes. O direito constitucional judicial é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional,

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 957. Itálico no original.

as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais.⁵²

No Brasil, a questão terminológica não é diferente.

Assim, José Alfredo de Oliveira Baracho, em estudo pioneiro intitulado *Processo constitucional*⁵³ ensina que “a aproximação entre Constituição e processo gera o surgimento do direito constitucional processual ou direito processual constitucional, como preferem outros:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional.

Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa⁵⁴ e outros postulados que desses decorrem.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o *habeas corpus*, o *mandado de segurança* e a *ação popular* — conclui Baracho.⁵⁵

Segundo José Frederico Marques,⁵⁶ “pode-se falar, também em *Direito Processual Constitucional* como o conjunto de preceitos destinados a

⁵² *Ibidem*, p. 957. Itálico no original.

⁵³ Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, pp. 125-126.

⁵⁴ Veja-se do mesmo autor, *O Valor constitucional dos “direitos de defesa”*: *jurisdição e constituição*, in *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*, Belo Horizonte, maio de 2000, ano 2, n. 12, pp. 5-6.

⁵⁵ O autor não cita os demais *remédios* constitucionais, vez que a obra foi escrita, 1984.

⁵⁶ *Manual de direito processual civil*, 1a. ed. atualizada, Bookseller Editora e Distribuidora, 1997, vol. I, pp. 30-31. Itálicos nossos. Em verdade, a 1a. ed. é bem antiga, publicada na década de 60 pela Editora Forense.

regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o *Direito Constitucional Processual* que trata das normas do processo contidas na Constituição”.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco,⁵⁷ por sua vez, utilizam-se apenas da expressão *Direito Processual Constitucional*, entendido como “a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, após o que doutrinam:

Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional —prosseguem— abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

Cândido R. Dinamarco, desta feita em clássico livro intitulado *A Instrumentalização do processo*⁵⁸ assume uma posição bastante interessante, ao estabelecer as relações entre processo e Constituição, as quais, em seu entender, revelam

...dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) – no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) – no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (“jurisdição constitucional das liberdades”), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.

Discutindo as expressões *direito constitucional processual* e *direito processual constitucional*, José de Albuquerque Rocha⁵⁹ observa que

⁵⁷ *Teoria peral do processo*, 18a. ed. revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 79.

⁵⁸ São Paulo, Editora RT, 1987, p. 25.

⁵⁹ *Teoria geral do processo*, 5a. ed., revista e aumentada, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 57.

...apesar de os autores não explicitarem os fundamentos da dualidade de denominações, o que seria indispensável por não se tratar de algo evidente, as razões que lhe estão subjacentes são as seguintes:

a) - os que usam a expressão “direito constitucional processual” fazem-no por entenderem ser esta disciplina constituída de normas *constitucionais* que consagram princípios processuais. O direito constitucional processual é assim um conjunto de normas *constitucionais* fixadoras de princípios sobre o processo.

b) - por sua vez, os que optam pela expressão “direito processual constitucional” fazem-no por entenderem ser o mesmo constituído de normas *processuais* embutidas na Constituição. O direito processual constitucional é assim composto substancialmente de normas de natureza *processual*, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental. É a denominação preferida pela dogmática tradicional.

Adiante, afirma o autor que opta

...pela expressão “direito constitucional processual” por entender “(a) não ser a Constituição simples receptáculo do existente, mas consagradora de valores e princípios criadores de novas práxis jurídicas e sociais que servem de fundamento de validade e guia hermenêutico de todo o direito” e “(b) ser a denominação «direito constitucional processual» fundada na hierarquia das normas constitucionais, que é o critério mais correto do ponto de vista lógico e jurídico para classificar, objetivamente, todas as normas do ordenamento, já que separa em classes qualitativamente inconfundíveis, o que não acontece com a outra denominação, cujo critério de classificação é arbitrário, por ser fundado na pretensa natureza da matéria, questão de difícil solução, já que, decidir se uma matéria em si mesma é processual ou constitucional, depende sempre de opiniões e não de um dado objetivo como é a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais”.⁶⁰

Finalmente, arremata:

...no entanto, a expressão “direito processual constitucional” pode ser conservada para designar as normas que regulam o chamado *processo constitucional*, ou certos institutos de direito constitucional, como a ação de inconstitucionalidade, mandado de injunção etc.

⁶⁰ *Teoria geral do processo*, pp. 58-59.

A análise das diferentes normas constitucionais que formam o direito constitucional processual mostra que seu conteúdo é constituído, entre outros, pelos seguintes setores constitucionais:

- a) - o inteiro capítulo III, título IV, que trata do Poder Judiciário;
- b) - o inteiro capítulo IV, título IV, sobre o Ministério Público, Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública;
- c) - princípios e normas sobre a participação popular na função jurisdicional (art. 5o., XXXVIII, e art. 98);
- d) - o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5o., XXXV);
- e) - princípios e normas que tratam dos poderes-deveres dos juízes e direitos fundamentais das partes no processo (art. 5o., XXXVI a LXVII, entre outros).⁶¹

José da Silva Pacheco⁶² escreve que

...quando se fala em direito processual constitucional ou em direito constitucional processual —e de uns tempos para cá vem se falando muito— tem-se em vista uma série de questões, sobre as quais não há, por enquanto, pacífico entendimento.

Pode-se visualizar o assunto sob quatro aspectos: a) - ao se tratar de questão, que se encontra regulada na Constituição, sob a ótica do direito processual, acrescenta-se a este o qualificativo derivado da sua proveniência; b) - ao se cogitar de algo que, embora sendo processual, está na Constituição, que é examinada sob o ângulo constitucional, adiciona-lhe o adjetivo resultante da sua natureza; c) - ao se elucidar matéria processual, que está fora da Constituição, mas ao fazê-lo aplicam-se princípios ou normas constitucionais, o estudo é de direito processual, mas sob influência do princípio constitucional, o que justifica crescer àquele este qualificativo; d) - ao se aplicarem os conceitos e técnicas processuais aos processos internos previstos na Constituição, como no caso de processo legislativo, ou do processo na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se estudo de direito constitucional processual.

Seguindo, esclarece Silva Pacheco⁶³ que

em síntese, pode o direito processual constitucional ter em vista:

⁶¹ *Ibidem*, p. 59.

⁶² *O mandado de segurança e outras ações Constitucionais típicas*, 3a. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora RT, p. 73.

⁶³ *Ibidem*, pp. 73-74. Itálicos nossos.

- a) - os processos de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de leis ou atos da administração pública, que hoje em dia, são previstos em muitas Constituições, mas que pode até não ser, como ocorre nos Estados Unidos, com o *public review*, e que nem por isso deixam de ter conotação constitucional;
- b) - os processos para proteger ou garantir os direitos, liberdades e garantias fundamentais, declarados ou reconhecidos na Constituição;
- c) - os processos para dar cumprimento às disposições constitucionais;
- d) - a jurisdição orgânica constitucional;
- e) - os princípios e normas constitucionais aplicáveis nos diversos processos comuns;
- f) - os processos para as ações constitucionais típicas.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, por sua vez⁶⁴ escreve que

...o *Direito Constitucional Processual* seria formado a partir dos princípios basilares do 'devido processo' e do 'acesso à justiça', e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural, etc...

Já o *Direito Processual Constitucional* seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à "Garantia da Constituição" e à "Garantia dos direitos fundamentais", controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, "Habeas Corpus", "Amparo", "Mandado de Segurança", "Habeas Data", etc...

Em seguida, de forma correta, observa o autor que

...esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões:

⁶⁴ "Direito constitucional processual e direito processual constitucional – Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade", in *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*, Belo Horizonte, ano 2, junho de 2000, n. 13, p. 6.

1) – Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, “constitucional”;

2) – Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.⁶⁵

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro “Modelo Constitucional do Processo”, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.⁶⁶

Em outro estudo, intitulado *Uma Justificação Democrático-Radical da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei*

⁶⁵ Não há dúvidas que assiste razão a Marcelo Cattoni em muitos pontos. Entretanto, não se pode esquecer que recentes mudanças na legislação, bem como na posição do Supremo Tribunal Federal, sobretudo com o julgamento da *Reclamação no. 4335/AC*, rel. Min. Gilmar Mendes, de 10.2.2007 (Informativo do STF no. 454), vêm diminuindo o valor do controle incidental, com seus efeitos inter-partes, sobretudo, a atuação do Senado Federal ao qual, nos termos da *Cf/88* (art. 58, X) cabe “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Em sentido contrário ao texto expresso na Constituição, o Min. Gilmar Mendes escreve que “de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto”.

E prossegue: “A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da *CF/88*, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada. (Desta forma), ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”.

“É legítimo entender —escreve ainda Gilmar Mendes— que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso”.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 6.

Federal no. 9.686/99: um ensaio crítico,⁶⁷ ainda Marcelo Cattoni, depois de repetir as mesmas posições já mencionadas, escreve: No Brasil, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de “comando” eivado de inconstitucionalidade. Nesse sentido é que José Luiz Quadros de Magalhães afirma: “No Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional”.

Não estamos em Weimar. A ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, o “habeas corpus”, o mandado de injunção nada mais são do que meios processuais especiais, complementares, e, como tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve através deles não cria um ‘estado de exceção’ e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma corte constitucional kelseniana ou de um presidente do Reich schmitiano. A cidadania não precisa de tutores.

Portanto —continua Cattoni—, não se pode levar tão a sério a distinção entre um direito constitucional processual e um direito processual constitucional a ponto de se chegar a distinguir o que deve estar intimamente relacionado, processo e constituição. *Ainda que se admita a existência de um processo constitucional, enquanto disciplina a congregação o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do direito penal, civil, comercial, administrativo, tributário, etc...*⁶⁸

⁶⁷ Texto enviado ao autor, via e-mail, em 18.09.2001, pp. 16-17. Consulte-se do mesmo autor, o livro *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2001.

⁶⁸ Itálico nosso.

É preciso pontuar, a distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional possui uma história. Ela surge no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada.

No direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão e o juiz comum não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argüi-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Peter Häberle, trata-se de uma “sociedade fechada de intérpretes da constituição”. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que inspirou a doutrina dos escopos metajurídicos do processo, que criou a jurisprudência dos valores.

No Brasil, como nos Estados Unidos, o quadro é outro. Todo cidadão é intérprete da Constituição, qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos. Não é sem motivo o fato de que para nós, assim como para os norte-americanos, a decisão judicial é declaratória e com efeitos retroativos; a decisão é o resultado do reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer. Quem desobedece a uma lei por considerá-la inconstitucional não é criminoso; tem razões públicas para isso.⁶⁹

Sem dúvida alguma, em qualquer que seja a perspectiva que se estude o *Processo na Constituição*, o ponto fundamental é a análise do *devido processo legal*, até porque este é princípio fundamental ao denominado *Estado Democrático de Direito*. Neste sentido, referindo-se aos desdobramentos do *devido processo legal*, José Alfredo de Oliveira Baracho (*Proceso Constitucional en Brasil*⁷⁰), com base em lição de Eduardo J.

⁶⁹ Vale lembrar que com as Leis nos. 9.868, de 10.11.99 e 9.882, de 03.12.99, ficou prevista a possibilidade de *efeitos ex nunc* e de *efeitos pro-futuro*.

⁷⁰ In García Belaunde, D. e Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 441-442. Mais recentemente, Oliveira Baracho publicou o trabalho *Teoria geral do processo constitucional*, no livro *Estu-*

Couture, doutrina: “A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais”.

E, mais adiante, prossegue Oliveira Baracho:

Entende-se constitucional e processualmente, a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Depois de demonstrada esta ascensão da matéria processual para o nível constitucional e suas repercussões terminológicas, cumpre-nos fazer referência ao artigo de João Batista Lopes (*Efetividade da tutela jurisdicional à Luz da constitucionalização do processo civil*),⁷¹ no qual escreve:

Que sentido, porém, se deve emprestar à locução *Constitucionalização do processo civil*?

A primeira impressão que se colhe é a de que se cuidaria de nova disciplina jurídica, a par de tantas já existentes em nossas grades curriculares.

Tal orientação é admissível, inquestionavelmente, mas é possível analisar a questão sob outra perspectiva, isto é, de que a constitucionalização do processo signifique apenas um método de trabalho, uma nova postura do processualista: estudar o processo civil com os olhos voltados para a Constituição. Esse método de estudo tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esva-

dos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel (São Paulo, Editora Saraiva, 2001, p. 339-414), bem como em *Direito - Revista da Faculdade Mineira de Direito* (V. 2, N. 3 e 4 1o. e 2o. Sem., 1999, p. 89-154). Mais recentemente, o autor publicou o livro *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2006.

⁷¹ In *Revista de Processo*, São Paulo, no. 119, ano 29, julho-agosto, 2004, p. 29-39.

ziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica”.⁷²

Por fim, vale observar que para Héctor Fix-Zamudio⁷³ são quatro os setores dentro desta nova disciplina, a saber: 1) – Jurisdição; 2) – Garantias Judiciais; 3) – Garantias das Partes e 4) – Formalidades essenciais do procedimento.

IV. DA CODIFICAÇÃO E DA CONSOLIDAÇÃO

Interessante questão desperta logo nossa atenção: a conveniência, ou não, de uma *Codificação* ou *Consolidação* das normas referentes ao *Direito Constitucional Processual* e do *Direito Processual Constitucional*.

Antes, contudo, de discutirmos a questão concreta, parecem-nos oportunas algumas considerações sobre o fenômeno da *Codificação* (gênero), tema de suma importância na *história do direito* e no *direito comparado*.⁷⁴

⁷² Artigo citado, p. 30. Mais adiante (p. 32), o autor afirma: “...fácil é perceber o risco da supervalorização dos princípios constitucionais do processo. Por exemplo, a sacralização do princípio do contraditório pode comprometer a efetividade do processo; a proibição absoluta das provas ilícitas pode manter na cadeira um inocente; interpretação literal do princípio da isonomia levaria a tratar igualmente pessoas capazes e deficientes físicos etc.

A supervalorização dos princípios constitucionais do processo acarreta também o risco de desprezar por completo a legislação processual como se todas as causas pudessem ser resolvidas com aplicação direta da Constituição. A invocação de princípios constitucionais não pode erodir normas técnicas e requisitos necessários ao desenvolvimento do processo (por exemplo, os prazos processuais não podem ser desprezados; as condições da ação (*rectius*, requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito) não podem ser dispensadas; a exigência de prova escrita, na ação monitoria, é inafastável etc)” - conclui. Na verdade, nenhum estudioso do *Direito Constitucional Processual* defendeu (pelo menos que tenhamos conhecimento a respeito) a desnecessidade da legislação infraconstitucional. O que sempre se defende é que as normas que a compõem, quando fundadas em princípio e/ou norma constitucional, não poderão ser relativizadas, mas sim, considerada, respeitada e aplicada em sua inteireza”.

⁷³ Artigo intitulado *Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano*. Cf. Ovalle Favela, José, “Tendencias actuales en el derecho procesal civil”, in Soberanes, José Luis (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 29.

⁷⁴ Veja-se Dantas, Ivo, *Direito constitucional comparado. Introdução. Teoria e metodologia*, 2a. edição totalmente revista, aumentada e atualizada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 196-201.

Neste sentido, iniciamos lembrando, como o fez Paulo Gimenes Alonso no artigo *A Crise das Codificações e uma nova forma de legislar*⁷⁵ que “renomados juristas sempre divergiram acerca da conveniência de se reunir as normas legais de um povo em códigos. Basta lembrar o célebre desacordo ‘*Savigny versus Thibaut*’, ocorrido na Alemanha no século XIX. Encantado pelo Código de Napoleão, de 1804, o professor alemão *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840), da Universidade de Heidelberg, reeditou, em 1814, um pequeno livro denominado *Da Necessidade de um direito civil geral para a Alemanha*. Neste livro, ele propunha que fossem reunidas num só código todas as leis vigentes nos diversos Estados alemães, com o que imaginava pôr fim ao verdadeiro caos legislativo que lá imperava, provocando verdadeira balbúrdia jurídica. *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861), figura marcante da Escola Histórica, contrário às idéias de *Thibaut* respondeu com um opúsculo que denominou *Da Vocação de Nossa Época para a Legislação e a Jurisprudência*, combatendo com veemência a proposta de seu colega de cátedra. Franz Wieacker lembra que para *Savigny* todas as codificações seriam inorgânicas, e, por isso, ou prejudiciais ou inúteis; o direito só se formaria de maneira orgânica, a partir das convicções do povo, isto é, através do costume, da ciência e da prática.

Venceram as idéias de *Thibaut*, pois em 1900 entrou em vigor o Código Civil Alemão, promulgado em 1896, mas nem por isso a questão se acha esgotada. Ao contrário, depois de um largo período em que imperou a “glória dos códigos”, tidos como verdadeiros “monumentos legislativos”, vem ganhando espaço, na comunidade jurídica, opiniões que apontam o declínio dessa forma de legislar.

Outro aspecto relacionado ao tema deve ser logo trazido à colação, destacando-se que no tocante ao fenômeno da *Codificação*, a *Teoria* precedeu à *prática*, como, aliás, observa Giordano Bruno Soares Roberto (*Introdução à história do direito privado e da codificação. Uma análise do novo Código Civil*)⁷⁶ ao escrever que

antes que a codificação se realizasse na prática, muitos pensadores se dedicaram ao assunto. As características que um código deveria ter e os de-

⁷⁵ *Intertemas – Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente: ano 1, v. 1 – Dezembro de 2000, p. 186-187. Itálicos no original.

⁷⁶ Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 27.

safios que precisaria enfrentar foram discutidos. Muitos autores se perguntaram como e por quem ele deveria ser elaborado; que dimensões deveria ter; que linguagem deveria utilizar. Grandes debates foram travados em torno de sua conveniência para determinado país e época. Fartos argumentos foram suscitados entre os que defendiam a codificação e os que a repudiavam.

Essas reflexões formariam o que se pode chamar de teoria da *codificação*.

Assim, de forma didática, podemos informar que a *Codificação*,⁷⁷ apesar de possuir antecedentes desde a Antiguidade Oriental, foi um movimento tipicamente da civilização ocidental, iniciado no século XIX, e a partir do qual, em uma perspectiva formal, pode-se falar em *direito continental* (ou *codificado*) e direito do *Common Law*. No primeiro grupo encontram-se o grupo *francês* (Code Civil des Français ou Código de Napoleão, 1804) e o grupo *alemão*, enquanto que no sistema do *Common Law* se encontra o grupo *Anglo-Americano*.

⁷⁷ A propósito, além dos que estão citados no texto, consultem-se os seguintes estudos: Oppetit, Bruno, *Essai sur la Codification*, Puf, 1998; Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976; Siebeneichler de Andrade, Fábio, *Da Codificação – Crônica de um conceito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997; Virmond De Lacerda, Arthur, *História Breve das Codificações Jurídicas*, Juruá Editora, 1997; Bayitch, S. A., “La codificación en el derecho civil y en el common law”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Mexico*, Mexico, nueva serie, a. III, núm. 7, enero-abril de 1970, pp. 3-57; Maisset de Espanes, Luis, *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1994; Cazorla Prieto, Luis María, *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Madrid, Aranzadi, 1999; Hassemer, Winfried, “Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei”, in Kaufmann, A. e Hassemer, W. (org.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, s/d; Aguilera Narchet, Bruno, *Introducción jurídica a la historia del derecho*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 26-40; Stoll De Oliveira, Adriane, *A codificação do direito*, Jus Navigandi, Teresina, a.7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3549>. Acesso em: 22 nov. 2002; Costa, Dilvanir José Da, “Trajetória da codificação civil”, *Revista da Faculdade de Direito-Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, no. 44, Jan.-Jun, 2004, pp. 71-85; Tutikian, Cristiano, “Sistema e Codificação. O Código Civil e as Cláusulas Gerais”, in Aronne, Ricardo (org.), *Estudos de direito civil – constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado editora, 2004, pp. 17-84; Salvo Venosa, Sílvio De, *Introdução ao Estudo do Direito - Primeiras Linhas*, São Paulo, Editora Atlas, 2004, pp. 218-237.

Distinção útil deve ser feita as expressões *Consolidação de leis e Codificação*, tal como ensina Ricardo Luis Lorenzetti em seu livro *Las normas fundamentales de derecho privado*.⁷⁸

Antes do advento dos Códigos *decimonónicos*⁷⁹ regia-se a sociedade mediante consolidações. Estas pretendiam reproduzir o Direito sem modificá-lo, visando apenas continuá-lo, melhorá-lo, em um *continuum* histórico. As obras legislativas totalizadoras constituíam inventários da regulação existente, como as da Índia, ou uma seleção de textos escolhidos, como o Digesto, ou um espelho da região, como o *Swabspiegel*. O Código, ao contrário, não é continuidade, é ruptura. Pretende criar uma nova regulação, substitutiva; ao invés de compilar, ordena, baseando-se na racionalidade. Tem um caráter de constituinte do Direito Privado.

Em seguida, Lorenzetti estabelece as diferenças entre as duas expressões, *Consolidação e Codificação*, da seguinte forma:

A consolidação gerava insegurança, porque não se sabia se tal ou qual disposição estaria em vigor. O Código é segurança, que se traduz em uma sequência ordenada de artigos. A imutabilidade é uma das suas características essenciais: não se pode alterar uma parte sem mudar o todo.

A legislação anterior era incognoscível para o cidadão. O Código se bosquejou como uma espécie de manual de Direito porque, como dizia Andrés Bello, “poderá então ser por todos manuseado, poderá ser consultado por cada cidadão nos casos duvidosos e servir-lhe de guia no desempenho de suas obrigações”.

Na consolidação não havia axiomas fundantes; os princípios deviam ser rastreados em meio a um emaranhado de leis. Por outro lado, no Código, o modelo é dedutivo, baseado em axiomas, gerando uma ciência demonstrativa, cujo propósito é fazê-los evidentes no caso concreto. O sistema decodificado se baseia em uma ordem distinta, cronológica e casuística, onde não gravitam os enunciados gerais e abstratos.

Na consolidação, o intérprete tinha uma enorme tarefa e era o grande protagonista. O Código, ao contrário, recorta o espaço da interpretação jurídica, a qual se limita exclusivamente à lei e se transforma em exegese.

⁷⁸ Traduzido no Brasil com o título de *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Editora RT, 1998. As citações feitas neste item, são da edição brasileira, p. 42-43.

⁷⁹ Em nota de pé de rodapé (p. 42) o editor informa que “a palavra *decimonónico* pode ser interpretada no sentido de antiquado. Do espanhol: em desuso, ultrapassado no uso pejorativo”.

Por fim, escreve Lorenzetti: “A consolidação tem, diversamente, natureza insular, está afastada dos continentes. Ao contrário do Código, importa conhecimentos e situações de outros territórios, igualmente insulares. Seu caráter quase portuário lhe permite estabelecer contactos com a economia, a medicina, a arte da guerra, a tecnologia, incorporando seus interesses, regras e linguagem” – conclui.

Mário Reis Marques, em fundamental estudo intitulado *Codificação e paradigmas da modernidade*, depois de observar que “Direito comum e codificação podem ser entendidos como dois sistemas jurídicos autônomos”, prossegue afirmando:

Historicamente, pode até afirmar-se que a codificação surge como um sistema oposto e alternativo ao do *ius commune*. Trata-se esta de uma novidade que surge na Europa continental entre os finais do século XVIII e o princípio do século seguinte, mas cujo conflito com o *ius commune*, em termos de história jurídica continental, se manteve fundamentalmente nos 150 anos que decorrem entre 1750 e 1900.⁸⁰

Fábio Siebeneichler de Andrade,⁸¹ por sua vez, depois de se referir a algumas considerações históricas, escreve:

A codificação é, em essência, um conceito que se desenvolve em vários momentos. Não é exclusivamente de um determinado período histórico. É forçoso reconhecer, porém, que a partir do jusracionalismo consolidam-se determinadas características que, praticamente, iriam ser associadas ao conceito de código”. E prossegue: “Afinal, se se pode dizer que os códigos representam, em um momento, um sistema, isto é, um modo de ordenar as matérias do Direito, ou de um determinado setor do Direito, é certo que não se pode desconsiderar toda sorte de razões históricas que conduzam a sua realização. Identificam-se, portanto, na teoria da codificação, um elemento técnico, o sistema, e um elemento político.⁸²

Produto do jusracionalismo — doutrina Francisco Amaral—⁸³

⁸⁰ Coimbra, 2003, p. 5.

⁸¹ *Op. cit.*, nota 77, pp. 26-27.

⁸² *Ibidem*, p. 27.

⁸³ *Direito civil – Introdução*, 5a. ed., Revista, atualizada e aumentada de acordo com o novo Código Civil, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 122.

...é a concepção do direito como sistema, conjunto unitário e coerente de princípios e normas jurídicas. Partindo da formulação de conceitos gerais e utilizando o método dedutivo, através de uma *demonstratio more geometrico*, aplica-se o método cartesiano ao direito e chega-se à idéia de sistema jurídico, do que a jurisprudência dos conceitos, de Puchta e Windscheid, e a parte geral dos códigos civis são a melhor expressão.

Entende-se que a idéia de sistema permite uma compreensão melhor do direito, não só de ordem didática como também de direito comparado, na medida em que autoriza o confronto e o relacionamento entre sistemas diversos. Além disso, possibilita compreender a matéria social em que se insere o sistema jurídico, isto é, as relações sociais e os valores determinantes do agir em sociedade, e, ainda a interpenetração do direito com os demais sistemas que formam o universo social, como o econômico, o político e o religioso. O direito é um sistema de controle que emerge da vida, da sociedade, não podendo isolar-se da realidade que o produz. Já Savigny dizia que a ciência e a história do direito são inseparáveis do estudo da sociedade que lhe for contemporânea — conclui Amaral.

Em verdade, quando se fala no fenômeno da *Codificação* como fenômeno característico do séc. XIX, limitam-se os autores às análises dos *Códigos Civis*, a saber: o *Código Civil Francês* (1804), o *Código Civil Austríaco* (1811), o *Código Civil Italiano* (1865), o *Código Civil Alemão* (1900), e o *Código Civil Suíço* (1912), dentre outros, inclusive, na América Latina.⁸⁴

⁸⁴ Vale lembrar que os denominados *monumentos legislativos* têm edição brasileira, todas com apresentação de Aguiar Dias, José De, *Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses - 1804* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1962); *Código Civil Alemão - 1896* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1960); *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1961); *Código Civil Italiano* (Rio de Janeiro, Editora Record, 1961).

No Brasil, vale lembrar a obra de Teixeira De Freitas, *Consolidação das Leis Civis* (Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876), com recente edição fac-sim (Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, vols. I e II).

Sobre estes Códigos, vejam-se, dentre outros: Tobeñas, José Castán, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, pp. 28-41; Amaral, Francisco, *op. cit.*, nota 83, p. 118-119 e Siebeneichler De Andrade, Fábio, *Da Codificação - Crônica de um conceito, cit.*, nota 77, pp. 69-108.

J. M. Othon Sidou no livro *O Direito Legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis* (Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, pp. 82-93) faz um minucioso levantamento do tema. Ver ainda Nogueira Saldanha, Nelson, *Velha e Nova Ciência do*

A Codificação no âmbito do Direito Privado, não nos permite que esqueçamos das *Codificações Constitucionais*, também conhecidas como *Surgimento das Constituições Escritas*, sobre as quais, não temos dúvidas em afirmar, foram representativas da ideologia liberal.⁸⁵

1. *Unificação legislativa do DCP e do DPC. Os exemplos do Peru e de Honduras*

De posse dos conceitos de Codificação e de Consolidação discutidos acima, verifica-se que em relação ao *Direito Processual Constitucional* e ao *Direito Constitucional Processual* constatamos, atualmente, 2 (duas) orientações, a saber:

a) - uma crescente legislação em diversos sistemas jurídicos estrangeiros, tratando de temas como *Controle de Constitucionalidade*, *Habeas Corpus*, *Recurso de Amparo* etc..., e fazendo com que algumas editoras tragam anexadas ao texto da Constituição, diversas destas leis específicas, inclusive, a Lei que regulamenta o Tribunal Constitucional;

b) – alguns sistemas jurídicos, inclusive na América Latina, estão partindo para uma *Codificação* (ou sistematização em uma só Lei) de toda a regulamentação que trata dos temas referentes aos *Direitos e Garantias da Constituição* (Controle de Constitucionalidade) e *Direitos e Garantias do Indivíduo* (Habeas Corpus, Recurso de Amparo etc...).⁸⁶

Direito (Recife, Editora Universitária, 1974, p. 105-113), *O Advento dos Códigos no Direito Antigo*.

⁸⁵ Veja-se Tarello, "La codificazione costituzionale in America", *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 559-620. Ainda: Ruiz Miguel, Alfonso, *Una filosofia del derecho en modelos históricos de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, especialmente, pp. 269-291 (Madrid, Trotta, 2002); Mello Do Amaral Júnior, José Levi, "Constituição e Codificação: Primórdios do Binômio", in Martins-Costa, Judith (org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Editora RT, 2002, pp. 54-71; Gatti De Albuquerque, Ronaldo, "Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio", in Martins-Costa, Judith (org.), *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Editora RT, 2002, pp. 72-86.

⁸⁶ Vale lembrar que em Portugal, de uma maneira generalizada, a publicação da Constituição da República traz sempre a *Lei do Tribunal Constitucional* (ex: Coimbra, Almedina, 2005). Em Espanha, são bem conhecidas as publicações da Ediciones Civitas (*Leyes Políticas del Estado*) e da Editorial Colex (*Constitución Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*).

Nesta segunda orientação, podemos citar os casos do *Peru* com o seu *Código Procesal Constitucional de la República (Ley no. 28237, de 06.05.2004)* e o de *Honduras* com a *Ley sobre Justicia Constitucional (Ley no. 224, de 30.08.2004)*.⁸⁷

No caso do Peru, é exemplo bem elucidativo do que se afirma, seu *Artículo 1 (Alcances)*, ao determinar:⁸⁸ “El presente Código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución”.

Em *Honduras*, após 5 (cinco) *considerandos*, e conforme texto publicado em *La Gaceta* (3.09.2005, no. 30.792), a *Ley sobre Justicia Constitucional* estabelece em seu *Artículo 1* que “la presente ley tiene por objeto desarrollar las garantías constitucionales y las defensas del orden jurídico constitucional”, enquanto que logo em seguida (*Artículo 2*) fixa a *Regla de Interpretación y Aplicación*, determinando que “las disposiciones de esta ley se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional”⁸⁹.

Neste quadro, já nos parece oportuna, no mínimo, que entre nós seja providenciada a *Unificação e/ou Consolidação da Legislação* referente ao *Direito Processual Constitucional* e ao *Direito Constitucional Processual*, não apenas enquanto plano editorial, visto que já existem publicações que tentam trazer em um só volume, a legislação pertinente a determinada área jurídica.

Parece-nos oportuno que, a exemplo dos citados modelos do Peru e de Honduras, já poderíamos realizar, pelo menos, uma *Consolidação das Leis do Processo Constitucional* que unificasse as diversas normas referentes à matéria, a saber:

a) - *Ações de Controle da Constitucionalidade*, ou seja, a *Lei no. 9.868, de 10.11.99* (DOU 11.11.99) que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*” e a *Lei no.*

⁸⁷ Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-11notnor-hond.htm>.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-06notnor-per3.htm>.

⁸⁹ O Projeto do qual resultou a *Ley 244/2004*, encontra-se Disponível em: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-01notnor-hon1.htm>.

9.882, de 03.12.99 (DOU 3.12.99), que “*Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”.

b) - Remédios Constitucionais e que, atualmente, se encontram espalhadas na Constituição, nos Códigos e na Legislação Extravagante, como se vê:

- *Mandado de Segurança* (CF, art. 5o., incisos LXIX e LXX):

- Lei no. 1.533, de 31 de dezembro de 1951 – Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao Mandado de Segurança;

- Lei no. 4.348, de 26 de junho de 1964 – Estabelece normas processuais relativas ao Mandado de Segurança.

- *Habeas Corpus* (CF, artigo 5o., inciso LXVIII):

- Código de Processo Penal, arts. 647 a 667.

- *Habeas Data* (CF, art. 5o., inciso LXII):

- Lei no. 9.507, de 12 de novembro de 1997 – Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *Habeas Data*.

- Ação Popular (CF, art. 5o., inciso LXXIII):

- * Lei no. 4.717, de 29 de junho de 1965 – Regula a Ação Popular.

- Ação Civil Pública (CF, art. 129, inciso III):

- * Lei no. 7.347, de 24 de julho de 1985 – Disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (*vetado*) e dá outras providências;

- * Lei no. 7.913, de 7 de dezembro de 1989 - Disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

- Exercício da Cidadania (CF, art. 5o., LXXVI, *a* e *b*):

- * Lei no. 9.051, de 18 de maio de 1995 – Dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações;

- * Lei no. 9.265, de 12 de fevereiro de 1996 – Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Pelo levantamento feito, verifica-se que, na verdade, a intenção do que aqui se defende é que haja uma *Consolidação* (ou *Unificação*) de tais Diplomas, além de outros como, por exemplo, os Regimentos do STF e do STJ e suas respectivas *Súmulas*, o Regimento Comum do Congresso Nacional, o Regimento Interno do Senado Federal e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

V. NOSSA POSIÇÃO

Todos os temas discutidos neste estudo, permanecem em aberto, razão pela qual, Domingo García Belaunde e Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, recentemente, levaram a efeito uma pesquisa entre os cultores da matéria na Alemanha, Argentina, Bolívia, Brasil,⁹⁰ Colômbia, Costa Rica, Chile, Espanha, Itália, México, Paraguai, Peru, Portugal, Uruguai, além de 5 anexos, todos publicados sob o título *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*,⁹¹ com um prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

O que se observa na referida *Encuesta* é uma profunda diversidade de entendimentos, razão pela qual, diante de tudo o que foi escrito, devemos expor nosso entendimento frente aos temas tratados, a saber:

a) – *qual o objeto do Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual?*

b) – o Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual pertencem ao Direito Constitucional ou ao Direito Processual?

Iniciemos pela primeira questão, lembrando que estabelecer-se a diferenciação entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, pelo visto, não é matéria de fácil solução, sobretudo, por se tratar de matéria de cunho *epistemológico*,⁹² razão pela qual qualquer que seja a proposta apresentada, sempre encontrará concordâncias e/ou discordâncias.

Em nosso entender, poderíamos afirmar que o *Direito Processual Constitucional* traz consigo dois objetos de análise, a saber:

a) - *preocupa-se com a denominada Jurisdição Constitucional e os órgãos que a exercem, isto é, o Tribunal Constitucional* (composição, manda-

⁹⁰ No Brasil foram convidados e aqui estão na ordem constante do livro, Ivo Dantas, Ragis Araújo Frota E André Ramos Tavares.

⁹¹ México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

⁹² Por ser análise filosófica, está marcada por *juízos de valor*, variáveis, portanto, de autor para autor.

to, formas de indicação de seus membros) e com as ações que visam a integridade e defesa da própria Constituição, ou seja, aquelas que hoje formam o *Controle de Constitucionalidade (concentrado e difuso)*;⁹³

b) – consagração de ações tipicamente constitucionais e que dizem respeito à *Jurisdição constitucional das liberdades* - denominadas de *Ações ou Remédios Constitucionais* – exatamente, aqueles que visam tornar efetivos os *Direitos Individuais e Coletivos*, constitucionalmente assegurados. Aqui, encontramos, como exemplos históricos, o *Habeas Corpus* e o *Mandado de Segurança*, ao lado dos quais, e especialmente no caso brasileiro, acrescentem-se os institutos do *Habeas Data*, *Mandado de Injunção*, *Ação Civil Pública*, os quais deverão levar em consideração as diferentes denominações consagradas em variados sistemas jurídicos, para ações com os mesmos objetivos.⁹⁴

O *Direito Constitucional Processual* volta-se para o estudo das Garantias principiológicas do *processo* e do *procedimento*, ou seja, à análise do *Due process of Law*.

Pode-se ainda fazer referência ao *Direito Constitucional Judicial*, tendo como objeto o *Poder Judiciário* e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do *Ministério Público*, e as *Funções Essenciais à Justiça*.

Esquemáticamente, temos o seguinte quadro:

| | | |
|--|---|---|
| <i>Direito Processual Constitucional</i> | } | <ul style="list-style-type: none"> — <i>Jurisdição, Justiça ou Tribunal Constitucional:</i> — <i>Estrutura e composição dos Tribunais Constitucionais;</i> — <i>Garantia da Supralegalidade Constitucional e as formas de toná-la efetiva: Controle de Constitucionalidade;</i> — <i>Remédios Constitucionais (Jurisdição constitucional das liberdades).</i> |
|--|---|---|

⁹³ A propósito, veja-se Dantas, Ivo, *O valor da Constituição. Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*, 2a. ed., revista e aumentada, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.

⁹⁴ Cf. Favela, *op. cit.*, nota 73, p. 29.

*Direito
Constitucional
Processual:* → *Garantias referentes ao processo
e ao procedimento: due process of law.*

*Direito
Constitucional
Judicial:*⁹⁵ → *Estrutura do Poder Judiciário e do Ministério
Público. Garantias e impedimentos.
A Advocacia como função essencial
à Justiça.*

Insistamos no que foi dito acima: toda reflexão de *natureza epistemológica* (no nosso caso, *Epistemologia jurídica*, entendida como *Filosofia da ciência do direito*) que tenta delimitar campos do saber, tem uma natureza valorativa, variando, portanto, de autor para autor, razão pela qual, o entendimento por nós esposado não é pacífico para a totalidade da Doutrina que se preocupa com o tema.

Deste fato decorrem duas conseqüências, a saber:

a) - mesmo frente às discordâncias doutrinárias, não deixam os autores de reconhecer a *íntima relação* existente entre a *Constituição* e o *Processo*;

b) - mesmo que aceita a diferenciação entre *direito processual constitucional* e/ou *direito constitucional processual*, um livro ou curso que tente cobrir todo o campo das relações *Constituição* e *Processo* o fazem de forma abrangente, isto é, tratam da *Jurisdição do Tribunal Constitucional* e do *Controle de Constitucionalidade*, da *Jurisdição constitucional das liberdades* e os *Remédios Constitucionais*, *Princípios Constitucionais do Processo* (Penal, Civil, Administrativo, Fiscal, Eleitoral, etc. - *Direito Constitucional Processual*).⁹⁶

⁹⁵ Não é neste sentido o livro de López Medina, Diego Eduardo, intitulado *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. teoría del derecho judicial* (3a. reimp. Bogotá, Legis Editores, 2002). Neste, o autor trata da Obrigatoriedade do precedente constitucional, analisa sentenças e linhas jurisprudenciais e, especificamente, sob o título de *Teoría del Derecho Judicial*, discute “el papel político y jurídico de la jurisprudencia en la crítica anti-formalista al derecho”.

⁹⁶ Esta é a justificativa para a presença de certos temas que são tratados neste livro e que, antes de representarem uma contradição com o posicionamento defendido, mostra a impossibilidade de uma separação rígida em qualquer campo da ciência do direito.

Passemos ao segundo problema, ou seja, o *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual* pertencem ao direito constitucional ou ao direito processual?

Em que pese a posição de Belaunde, a nós nos parece que ambas as disciplinas — *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual* pertencem muito mais ao *direito constitucional* do que ao *direito processual*, embora, e é evidente, se valha de conceitos e normas da ciência processual.

Seus pilares fundamentais estão na Constituição e sua autonomia (didática e doutrinária) se deve ao interesse sempre crescente quanto aos temas que compõem tanto o *Direito Processual Constitucional* quanto o *Direito Constitucional Processual*, o que, em última análise, se explica em decorrência da elevação da matéria processual ao nível das Constituições.

Entretanto, apesar das posições epistemológicas defendidas pelas diversas correntes, de uma realidade não se pode fugir, ou seja, que a cada dia aumenta o interesse pelos temas relacionados tanto no *direito processual constitucional* como no *direito constitucional processual*, os quais estão se fazendo cada vez mais presentes nos cursos jurídicos, sobretudo, em nível de Pós-Graduação.⁹⁷

⁹⁷ Na Faculdade de Direito do Recife, na área de concentração em direito público (direito constitucional IV) há alguns anos temos abordado temas pertencentes ao *direito processual constitucional* bem como ao *direito constitucional processual*, insistindo sempre nas íntimas relações entre *direito constitucional* e *direito processual*.

Nos cursos de doutorado e mestrado, sob a nossa responsabilidade, existe a linha de pesquisa intitulada *Neoconstitucionalismo, processo e jurisdição constitucionais*.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Iván ESCOBAR FORNOS*

SUMARIO: I. *El Estado constitucional.* II. *Concepto y diversas denominaciones.* III. *Breve historia del derecho procesal constitucional.* IV. *Autonomía y naturaleza del derecho procesal constitucional.* V. *Su desarrollo actual y aportes a la democracia.* VI. *Contenido del derecho procesal constitucional.* VII. *La codificación del derecho procesal constitucional.*

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El constitucionalismo es una lucha política, social, económica y jurídica que tiene por finalidad establecer una ley fundamental (denominada Constitución), de naturaleza superior, en forma escrita, que organice el poder, consagre los derechos fundamentales y un sistema para su defensa. Es un proceso largo, de varias etapas, hasta llegar actualmente al Estado constitucional. Este movimiento continúa la lucha para sostener el sistema y ha logrado que su aceptación se generalice en las viejas y nuevas democracias.

Mientras hombres y mujeres eran nómadas y carecían de una organización social, política, económica, un territorio determinado donde ejercer su poder, los conceptos de Estado y Constitución no surgen como sistema de orden y control.

La Constitución, el poder político, la población, el territorio, la soberanía, surgen desde la antigüedad, en mayor o menor medida, al ritmo de la necesidad que las personas sienten de organizarse políticamente y salir

* Profesor de Derecho constitucional; magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

del nomadismo. En esta etapa la Constitución es un concepto político y filosófico que estructura el poder político. Por tal razón, se podría hablar de Constitución en la antigua China, en Egipto, Babilonia, Grecia y Roma, etcétera.¹

Politeia generalmente es traducida como Constitución, con sus equivalentes: forma de gobierno y sociedad política. Para Aristóteles gobierno y Constitución son sinónimos. Expresa sobre la Constitución, en *La Política*, los conceptos siguientes:

a) La Constitución es el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magistraturas y señaladamente a la suprema entre todas. Dondequiera, en efecto, el gobierno es el titular de la soberanía y la Constitución es, en suma, el gobierno.

b) Los términos Constitución y gobierno tienen la misma significación, y puesto que el gobierno es el supremo poder de la ciudad, de necesidad estará en uno, en pocos o en los más. Cuando, por tanto, uno, los pocos o los más gobiernan para el bien público, tendremos necesariamente Constituciones rectas, mientras que los gobiernos en interés particular de uno, de los pocos o de la multitud serán desviaciones.

c) En nuestra primera investigación sobre las formas de gobierno hemos distinguido tres Constituciones rectas, a saber, monarquía, aristocracia y república, así como tres desviaciones de ellas, y que son respectivamente de la Monarquía, la Tiranía; de la Aristocracia, la oligarquía; y de la República, la democracia.²

En la *Constitución de Atenas* estudia las Constituciones de Atenas, la anterior a Solón, la de Solón, la de Clístenes, la de los Cuatrocientos, la de los Cinco mil y la Definitiva.³

En Roma, la República significaba la cosa común a todo el pueblo, y se denomina República a la comunidad política, término utilizado por largo

¹ Esta amplitud del concepto de Constitución ha permitido a muchos autores, entre ellos a Néstor Pedro Sagiés, a expresar que las hordas, tribus, la polis, el Estado, tiene una Constitución o estructura de poder (*Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 2 y 3).

² *Ética Nicomaquea. Política*, México, Harla, 1990, pp. 244, 246 y 266.

³ *La Constitución de Atenas*, edición, traducción y estudio preliminar de Antonio Tovar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 2000. En *La Política* se refiere a las Constituciones cretense, espartana y cartaginesa. *Op. cit.*, p. 233.

tiempo en la historia política. Es conocida la frase de Papiniano *communis rei publicae sponsio* (*lex* es el compromiso común de la República).

Cicerón afirmaba que la Constitución no es obra de una sola persona. También se refieren a la Constitución Polibio y Catón.

En las reglas del Disgesto *privatorum conventio juri publico non derogat* (las convenciones privadas no derogan el derecho publico) y *nemo jus publicum remittere potest* (nadie puede disponer del derecho público), son estimadas por Germán Bidart Campos como lo que hoy se llama orden público constitucional⁴ y para Jorge Reynaldo Vanossi como un reconocimiento de la supremacía de un orden positivo cuya modificación está subordinada a la función que hoy llamaríamos constituyente.⁵

En la Edad Media se dictaron las leyes constitucionales por la exclusiva voluntad del monarca, pero también se promulgaron las denominadas ordenanzas, cartas o estatutos entre el monarca y los súbditos con el fin de organizar la comunidad y las ciudades libres, como la carta magna inglesa de 1215, que limitaba las prerrogativas reales, considerada como una ley fundamental. En España se destaca la llamada Constitución de León de 1188 y el Privilegio de la Unión de Aragón de 1287.

El constitucionalismo moderno nace y se desarrolla en los siglos XVI, XVII y XVIII, impulsado por la revolución en Inglaterra a finales del siglo XVII. Las revoluciones francesa y norteamericana, de finales del siglo XVIII, contribuyeron con el movimiento constitucionalista, con la promulgación de Constituciones, y el surgimiento del Estado nacional.⁶ El ejemplo se extiende y se dictan Constituciones en América y Europa.

El Estado constitucional nace en los Estados Unidos, aparece en Europa, desaparece en entreguerra y se desarrolla ampliamente después de la Segunda Guerra Mundial. Es producto del nuevo constitucionalismo donde la Constitución es verdadera norma y no propósito político, salvaguardada por un sistema de defensa que impide o repara su incumplimiento; movimiento que luego da lugar a la nueva rama del derecho denominada derecho procesal constitucional, cuyo desarrollo y enriquecimiento se encuentra a cargo en Latinoamérica de un movimiento de destacados constitucionalistas y procesalistas.

⁴ *El régimen político. De la Politeia a la República*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 298.

⁵ *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. II, pp. 26-28.

⁶ El primero en emplear la palabra Estado fue Maquiavelo.

El Estado constitucional es la etapa más avanzada del derecho constitucional, perfecciona el Estado de derecho y erige a la Constitución como el faro que ilumina todo el derecho, apuntalada con un sólido sistema de defensa e inspira la mayor parte de las Constituciones contemporáneas. Su perfeccionamiento forma parte de la inquietud de los constitucionalistas y procesalistas.

Para el Estado constitucional, la Constitución es fundamental, superior y norma jurídica aplicable directamente. La mayoría de sus normas son abiertas, ambiguas, indeterminadas, principistas, encierran valores; lo cual permite amplio margen de interpretación, creatividad, integración, avance y adecuación del derecho al cambio de la realidad, tanto a los jueces, legisladores y a todos los que aplican el derecho dentro de sus respectivas atribuciones.

Es muy importante insistir que la Constitución, lo mismo que su interpretación, integración, la jurisprudencia constitucional, se constituyen en la matriz y centro del derecho y *permean* todo el ordenamiento jurídico.

La Constitución irradia casi todas las ramas del derecho: el derecho civil, el derecho penal, el derecho procesal penal y civil, el derecho familiar, el derecho internacional.

Un avance, aunque planteado con mucho cuidado, principalmente en materia contractual, es la aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas, porque en la sociedad contemporánea aparecen personas o grupos privados con igual o mayor poder que el Estado. Para reforzar esta aplicación se está generalizando la procedencia del amparo contra los particulares.

Conviene destacar nuevamente, que una de las conquistas más importantes del Estado constitucional es la estructuración de un sistema procesal de defensa de la Constitución para asegurar su cumplimiento.

II. CONCEPTO Y DIVERSAS DENOMINACIONES

El nombre de nuestra materia es motivo de discusión y confusión. Kelsen, Cappelletti y otros juristas europeos usan la expresión jurisdicción constitucional o justicia constitucional.

Cuando Kelsen luchaba por lograr la aceptación del Tribunal Constitucional no le concedía importancia al nombre. Trataba de convencer que el control de la constitucionalidad no lo podía hacer el Parlamento, ni el

Ejecutivo, sino un tribunal especial, al no aceptarse a los jueces. El problema no era cuestión de nombres. Además, Kelsen no era procesalista.

Algunos autores distinguen entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal. El primero es objeto de nuestro estudio y el segundo expresa la consagración de garantías procesales, penales, civiles, administrativas, etcétera, en la Constitución. Estas garantías podrán ser objeto de un estudio monográfico o de artículos importantes y orientadores; pero no logran, obviamente, formar una rama del derecho.

No faltan autores que llaman a nuestra materia jurisdicción constitucional, cuando existen tribunales constitucionales especializados dedicados a resolver cuestiones constitucionales, y justicia constitucional cuando son los jueces y tribunales ordinarios quienes resuelven esos problemas. Esta distinción divide nuestra materia y pasa por alto que carece de importancia si es una autoridad judicial o especial la que decide, siempre que no sea el legislativo u otro órgano o poder político.

Con Juan Montero Aroca a la cabeza, Gómez Colomer, Ortells Ramos, Montero Redondo y otros procesalistas, sustituyen la locución derecho procesal por derecho jurisdiccional porque aquélla no guarda concordancia con su contenido, al no comprender el concepto de proceso a la acción (y/o pretensión), a la jurisdicción principalmente y por ende a la organización judicial y todo lo relativo al personal judicial.

Montero Aroca sostiene que son cuestiones de fondo, y no secundarias, las que diferencian ambas expresiones: el derecho jurisdiccional descansa en el Poder Judicial o jurisdicción (ente principal); en cambio el proceso es un concepto o ente subordinado en el cual descansa el derecho procesal.⁷

Considera que los conceptos fundamentales son: poder jurisdiccional (jurisdicción), acción y proceso. Relaciona el derecho jurisdiccional con las ramas en que se divide el derecho y la delimitación que se produce. Acepta que tal relación no puede crear compartimientos estancos, ya que rara vez se resuelve un problema jurídico con el bagaje teórico de una determinada especialidad, por lo que se impone la multidisciplinariedad, pero no diletante, sino cimentada técnicamente en cada especialidad. Por lo expuesto, no simpatiza con la idea de fragmentar el derecho procesal y convertirlo en apéndice del derecho material, cuya realización jurisdic-

⁷ Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. I: *Parte general*, Barcelona, José María Borch Editor, 1999, p. 21.

cional regula.⁸ De aquí que en sus estudios no le concedan autonomía al derecho procesal penal, procesal laboral⁹ y administrativo.

Respecto a las relaciones entre el derecho jurisdiccional y el derecho constitucional, distingue entre el derecho procesal (jurisdiccional) constitucional y el derecho constitucional procesal (jurisdiccional). El primero se encarga de regular el proceso cuyo objeto es el derecho constitucional: inconstitucionalidad de una ley, el amparo por violación de los derechos fundamentales y libertades públicas y los llamados conflictos constitucionales. El derecho constitucional procesal jurisdiccional versa sobre aspectos jurisdiccionales materiales y orgánicos, sobre el proceso civil, penal, administrativo.¹⁰ Esta es una distinción similar a la que distingue entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal expuesta líneas arriba.

Montero Aroca inicia y desarrolla su tesis en el estudio titulado “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”;¹¹ y García Belaunde investiga, estudia y explica el tránsito al nombre de nuestra rama en su trabajo “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”.¹²

La denominación derecho jurisdiccional es criticada por Eduardo Couture y Alcalá-Zamora y Castillo.

El primero hace dos objeciones:

a) Que a pesar de las ventajas que tiene la denominación derecho jurisdiccional de cubrir no solo el proceso, sino también la organización de los tribunales y el estudio de la condición de sus agentes, no abarca la jurisdicción voluntaria, que en cambio sí comprende el proceso.¹³ A esta objeción contesta Aroca que no todos los actos de jurisdicción voluntaria se atribuyen a los jueces y no suponen ejercicio de jurisdicción y, por tanto, de actividad procesal, pero sí un procedimiento.¹⁴

⁸ *Ibidem*, t. I, p. 33.

⁹ Expresamente sostiene que el proceso laboral no es ni puede ser autónomo (Montero Aroca, Juan, *Introducción al proceso laboral*, Barcelona, José María Borch Editor, 1994, p. 59).

¹⁰ Montero Aroca, Juan, *Derecho jurisdiccional*, *cit.*, nota 7, t. I, pp. 433 y 434.

¹¹ *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1988, pp. 13 y ss.

¹² *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 171 y ss.

¹³ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958, p. 6.

¹⁴ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, *cit.*, nota 11, p. 51. Es importante advertir que gran parte de la jurisdicción voluntaria se está entregando al notariado. Ya son muchos los países que han hecho ese traslado.

b) La atribución de actividades jurisdiccionales atribuidas al Legislativo y a otros órganos del poder público y no al Poder Judicial, llevaría obligatoriamente al denominado derecho jurisdiccional a abarcar las funciones jurisdiccionales del parlamento y de cualquier otro órgano específico de la jurisdicción.¹⁵ Aroca contesta que el derecho jurisdiccional debe comprender toda la función jurisdiccional del Estado sea cual fuera el órgano que la realice, incluidos los tribunales militares y los constitucionales.¹⁶

Alcalá-Zamora¹⁷ hace tres objeciones:

a) Que la jurisdicción desde el punto de vista estático, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, o sea, como manifestación de los poderes o funciones que le incumben, pertenece al derecho constitucional; en cambio el derecho procesal estudia la jurisdicción desde el punto de vista dinámico, en el proceso. Aroca contesta que el derecho procesal entonces no debería entrar en el estudio del concepto de jurisdicción, ni de la organización judicial, limitándose a considerar la jurisdicción como un presupuesto procesal subjetivo, relativo al juez. Agrega que esa no es la concepción dominante como puede comprobarse en la mayoría de las obras de derecho constitucional y procesal. Reconoce que todas las ramas del derecho tienen en la Constitución un lugar, lo mismo que el derecho procesal jurisdiccional, pero ello no puede conducir a la conclusión de que todo lo relativo a la jurisdicción corresponde al derecho constitucional, pues con este mismo argumento sería objeto del derecho constitucional la propiedad, la familia, el régimen fiscal, la administración y el proceso, ya que sus garantías mínimas están constitucionalizadas. Afirma que la jurisdicción, el proceso y la acción tienen sus principios básicos, firmemente asentados en la Constitución, a partir de lo cual debe iniciar su labor el procesalista (jurisdiccionalista).¹⁸

b) Que tanto las exposiciones doctrinales como el ordenamiento positivo correspondiente se ocupan muchísimo más del proceso que de la ju-

¹⁵ Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., nota 13, p. 51.

¹⁶ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, cit., nota 11, p. 51.

¹⁷ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción. Estudios de teoría general*, México, UNAM, 1992, t. I, p. 30, nota 5.

¹⁸ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional*, cit., nota 11, p. 52.

risdicción.¹⁹ Argumenta Aroca que tal cosa no convence aun siendo cierto lo afirmado.

c) Que la denominación derecho procesal está más arraigada.²⁰ Aroca expresa que esto no es un argumento, porque en Argentina y en España la denominación derecho procesal no tiene más de sesenta años, mientras que la de procedimiento judicial tenía más de ochenta años cuando fue modificada. Por otra parte, los autores que cambiaron esta denominación son los que hoy se oponen alegando la tradición.²¹

Son indiscutibles los aportes de Aroca, pero no todos los nombres de las ramas del derecho coinciden exactamente con su contenido, ya sea por más o por menos del contenido. Por ejemplo, en el derecho procesal penal,²² el derecho civil,²³ el derecho constitucional.²⁴ Lo mismo se presenta en algunas instituciones, figuras y principios jurídicos (abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, etcétera).

También es importante agregar que, igual que ocurre en el derecho procesal civil, existe un derecho procesal constitucional adjetivo y otro denominado derecho procesal constitucional orgánico, este último encargado de estudiar la estructura del órgano u órganos que controlan la constitucionalidad, la jurisdicción, competencia y las condiciones de sus operadores. Este otro aspecto del derecho constitucional viene a llenar el vacío que Aroca encuentra en el vocablo proceso, al no abarcar estas materias.

En Nicaragua se han usado, de acuerdo al lenguaje de nuestras leyes de amparo, varias expresiones para designar a nuestra materia. Se habla del derecho de amparo, del amparo, del recurso de amparo y del juicio de

¹⁹ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción. Estudios de teoría general, cit.*, nota 17, p. 30, nota 5.

²⁰ *Ibidem*, p. 30, nota 5.

²¹ *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional, cit.*, nota 11, p. 53.

²² Muchos códigos procesales penales acumulan la acción civil a la acción penal, como el nuestro, y no por eso se debe cambiar la denominación. También contienen disposiciones sustantivas.

²³ Los códigos civiles de la recodificación, como el italiano de 1942, regulan materias laborales, mercantiles y de familia. Los autores que estudian estos códigos civiles se refieren a todas estas materias (por ejemplo, Messineo). Estos códigos también contienen normas procesales.

²⁴ Las Constituciones desarrolladas, como la nuestra, contemplan cuestiones civiles, mercantiles, penales, familiares, procesales y otros temas jurídicos.

amparo. La explicación es que la Ley de Amparo (ley constitucional) sucesivamente denominó a los procesos constitucionales como recursos, juicios o derecho de amparo,²⁵ aunque la Ley, actualmente vigente, distingue entre recurso de inconstitucionalidad, recurso de amparo y la exhibición personal. El amparo no es más que un recurso de los otros constitucionales. Esta es la razón por la cual nuestra jurisprudencia lo ha denominado de diferentes formas de acuerdo a cada Ley de Amparo.

Couture²⁶ y Alcalá-Zamora y Castillo²⁷ proclamaron la existencia del derecho procesal constitucional.

Es preferible seguir usando la expresión derecho procesal constitucional, la más aceptado y usada, sin perjuicio de atender con la amplitud que merece el estudio de la jurisdicción, la organización judicial y sus titulares,²⁸ la acción y el proceso. Por otra parte, el objeto de esta rama del derecho es la aplicación de la Constitución, de la cual toma parte el nombre.

Después de lo expuesto pasamos a formular un concepto de nuestra materia.

En mi libro *Introducción al derecho procesal constitucional* elaboré un concepto de derecho procesal constitucional así: “El derecho procesal constitucional es el conjunto de normas y principios que tiene por objeto el estudio del proceso constitucional, sus tipos, naturaleza, principios, presupuestos procesales, el objeto de litigio, sus actos procesales, forma de iniciarse, tramitación, prueba, sentencia y recursos, en su caso”.²⁹

III. BREVE HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El derecho procesal constitucional tiene algunos antecedentes remotos y otros más próximos a su nacimiento en América.

²⁵ Las Leyes de Amparo de 1894, 1911, 1939 califican al amparo como recurso; la de 1948 califica al amparo como juicio; las de 1950 y 1974 califican al amparo como derecho.

²⁶ *Casos de derecho procesal constitucional. Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, t. I. parte 3a., pp. 194 y ss.

²⁷ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, Imprenta Universitaria, 1947, p. 215.

²⁸ El estudio de la organización judicial y los titulares de la justicia constitucional se hace en el derecho procesal orgánico o en la jurisdicción constitucional.

²⁹ México, Porrúa, 2000, Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional, p. 3.

En la antigua Grecia, dentro de su ordenamiento jurídico, existía cierto orden jerárquico que obligaba al juez a respetarlo cuando se le presentaba el caso. Por ejemplo, se distinguía entre *nomos* (ley) y *pséfisma* (decreto). Si el decreto se oponía a la ley, el juez invalidaba al decreto, haciendo prevalecer la ley, situación similar a nuestro recurso de inconstitucionalidad de la ley, decreto o reglamento.

Ya en la Edad Media existían dos ordenamientos normativos colocados en orden jerárquico: el *ius naturale*, superior e inderogable, y el *ius positivum*, el cual no podía oponerse al primero. Después se suma la escuela *iusnaturalista* de los siglos XVII y XVIII que se extiende de *Grotius* a *Rousseau*.

Los antecedentes más cercanos los encontramos a principios del siglo XVII, cuando el famoso juez Lord Coke, en el caso de Thomas Bronham (1610), presentó la tesis, con un fuerte acento iusnaturalista, de la supremacía del *common law* sobre las arbitrariedades del soberano y del Parlamento, tesis que acogieron los juristas de las colonias inglesas, lo cual suministró importantes elementos para la formulación de la doctrina del control de la constitucionalidad de las leyes en Norteamérica. Por tal razón es motivo de discusión si Coke es el creador de dicho control.

El nacimiento del derecho procesal constitucional, aunque no con ese nombre, tiene un lugar y un creador. Vio la luz en los Estados Unidos de Norteamérica y su progenitor es el célebre magistrado del Tribunal Supremo de ese país, John Marshall. Su fecha de nacimiento es 1803, cuando se dicta la famosa sentencia por dicho tribunal en el caso *Marbury vs. Madison*, cuyo ponente fue Marshall. En esta sentencia se inaplica una ley del Congreso (sección décima tercera de la Ley de 1789 que organizaba el Poder Judicial).

Con una gran claridad y profundidad expresa la sentencia:

Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre esas dos opciones no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constitu-

ciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido Constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación, y, consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución, es nula; esta teoría guarda una relación con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por este Tribunal, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.

Este sistema se llama *judicial review* (revisión judicial) y existe una interesante discusión si fue o no incorporado a la Constitución o se encontraba implícito en ella.

La opinión de Alexander Hamilton en *El Federalista* se señala como un antecedente. Expresa:

La interpretación de las leyes es de la propia y peculiar competencia de los tribunales. Una Constitución es en el hecho, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que procede del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconciliable entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la legislatura expresado en el estatuto legal.³⁰

El sistema es un modelo de justicia constitucional, denominado difuso, que junto con el modelo europeo, denominado también concentrado, son los principales sistemas de control constitucional; aunque existen modelos mixtos, como puede advertirse en varios sistemas latinoamericanos, con características propias.

La carrera judicial de Marshall terminó en 1835 y jamás se volvió aplicar el control de constitucionalidad. Otra Corte volvió a aplicarlo hasta 1857 en el caso *Dred Scott vs. Sandford*; pero el sistema se consolidó en el siglo XX, principalmente a partir de mediados de la década de los veinte.

En Europa, tras la Primera Guerra Mundial, y bajo la influencia de Hans Kelsen, se promulgó la Constitución austriaca de 1920 que creaba el Tribunal Constitucional (cuyo antecedente se encontraba en el Proyecto

³⁰ *El Federalista*, Carta LXXVIII, San José, Publicación de Libro Libre, 1986, p. 203.

to de Kelsen de 1918), aprobada por la Asamblea Nacional Provisional el siguiente año; meses antes comenzó a funcionar el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia (29 de febrero de 1920); después la Constitución española de la Segunda República estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales; y las Constituciones de Weimar (1919) y de Irlanda (1937) reciben influencia kelseniana en cierta medida.

Nace así el movimiento europeo de la justicia constitucional, pero se frustra por la crisis política de entreguerras y la imposición del fascismo; aunque después vuelve a nacer con vigor y amplitud después de la Segunda Guerra Mundial.

Se considera a Kelsen como el iniciador del estudio especializado del derecho procesal constitucional, aunque no con ese nombre, al publicar su libro *La garantía jurisdiccional de la Constitución*.

Los juristas europeos sistematizaron el estudio de esta rama, sentaron principios, reglas, valores, normas interpretativas, sus fines y promovieron su divulgación.

En los Estados Unidos, aunque el sistema funciona bien y existe mucha riqueza jurisprudencial y excelentes expositores, el estudio de la justicia constitucional no ha sido objeto de teorización y sistematización, pues su exposición se hace en Manuales de derecho constitucional. Se considera a Kelsen como el fundador de esta nueva rama del derecho procesal,³¹ aunque algunos lo niegan, y otros se la atribuyen a Couture.³²

³¹ Así lo afirma Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Señala que antecedentes de nuestra rama se encuentra en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos (artículo 7o., núm. 1 de la Ley Orgánica Judicial española de 1870) y en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros países americanos y en el recurso de amparo mexicano (*Proceso, autocomposición y autodefensa, cit.*, nota 27, p. 207).

³² En sus *Estudios de derecho procesal civil* escribió los extensos trabajos denominados: “Garantías Constitucionales del Proceso Civil” y “Casos de Derecho Procesal Constitucional”. En ambos trabajos se refiere al *habeas corpus*, a la institucionalidad de la ley y al debido proceso como parte del derecho procesal constitucional, principalmente a las garantías constitucionales procesales y al desarrollo de estas por el derecho procesal (Buenos Aires, Ediar, 1948, t. I, pp. 19 y ss., 194 y ss.). Para Néstor Pedro Sagüés, cierto sector doctrinal le atribuye a Kelsen la fundación del derecho procesal constitucional por la célebre teoría de la pirámide jurídica, sus reflexiones sobre la justicia constitucional y la creación del Tribunal Constitucional, las que dieron impulso posterior a la disciplina. Reconoce que fue su estructuración científica la que permitió la concepción moderna del Derecho Procesal Constitucional. No obstante, señala, sin perjuicio los de los aportes de Kelsen, que resulta desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le corresponde, ya que el Derecho Procesal Constitucional se nutre no sólo de

Nuestro querido maestro Héctor Fix-Zamudio con razón le atribuye el carácter de fundador de la nueva disciplina a Kelsen al expresar que esa paternidad no se debe a la promoción de la Corte Constitucional austriaca de 1920 (considerado por esto como fundador del sistema austriaco o europeo), sino por establecer principios e instituciones del derecho procesal constitucional en sus aspectos generales, el cual con anterioridad salvo casos excepcionales, no se había estudiado de manera sistemática, construcción doctrinal que se inicia con su libro *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*.³³

En resumen, el derecho procesal constitucional, aunque no con ese nombre, nace con Marshall e inicia su desarrollo con Kelsen, acompañando en sus respectivas épocas por Couture, Calamandrei, Cappelletti, Fix-Zamudio, González Pérez, Sagüés y García Belaunde como constructores de esta obra.

Creo que al nacimiento y desarrollo de esta rama han contribuido también los antecedentes americanos de la inconstitucionalidad de la ley, el *habeas corpus*, y el amparo, principalmente el mexicano, de antigua data y respaldado por numerosas obras y estudios de eminentes juristas. En Nicaragua existen estas figuras desde 1894, inspiradas en el amparo mexicano.

IV. AUTONOMÍA Y NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

No toda disciplina especializada del derecho adquiere autonomía; lo contrario sería atentar contra la unidad del derecho, asegurada por la Constitución, materia prima de nuestras reflexiones.

Pero no es extraño que por razones pedagógicas, de orden y sistematización se vayan separando ciertas materias jurídicas de su matriz, sin llegar a tener autonomía o independencia.

la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidos procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *write of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de su primacía constitucional (*Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, t. I, p. 7).

³³ *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Colección Funda, 2002, pp. 28 y 29.

Para que una materia o disciplina llegue a formar una rama autónoma es preciso que tenga principios propios, importancia reconocida, generalidad, amplitud, unidad de la materia, estudios teóricos y sistematizados, un fuerte sector doctrinal que cultive la especialidad y respalde con sus argumentos a esta nueva rama, y una ley o código que regule la parte orgánica, jurisdiccional y procesal.

La autonomía del derecho procesal penal, del derecho procesal civil, del derecho procesal administrativo es aceptada por un fuerte sector doctrinal; pero todavía se discute la autonomía del derecho procesal del trabajo y del derecho procesal constitucional, aunque la tendencia ya generalizada es otorgarle autonomía a este último.

Personalmente creo que nuestra materia cumple con todos los requisitos antes enumerados para ser una rama autónoma del derecho. Veamos.

a) Tiene sus propios principios y si algunos principios, valores, reglas y garantías son compartidos con otras ramas del derecho (por ejemplo derecho penal y derecho civil) porque nacieron dentro de ellas, en el fondo son derechos y garantías que por su propia naturaleza constitucional se han ido incorporando a la Constitución, base fundamental de nuestra materia.

b) La Constitución es la ley más importante del ordenamiento jurídico, la ley de leyes, la ley fundamental y jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico, en cuyo cumplimiento está interesado todo el pueblo, porque ella encierra su forma de ser y querer. Para tal propósito, es indispensable un procedimiento que asegure la observación de la Constitución y se reparen en su caso los perjuicios causados por su violación o burla.

c) El derecho constitucional es actualmente el centro del derecho, ya que irradia todo el ordenamiento jurídico y éste se interpreta dentro del marco constitucional. Esta generalidad es comunicada al derecho procesal constitucional, que tiene que cubrir esa amplitud.

d) Son muchos los países que han promulgado leyes orgánicas sobre procedimiento constitucional, entre ellas El Salvador, Honduras, Guatemala y Costa Rica; y códigos procesales constitucionales como los de la provincia de Tucumán (Argentina) y Perú. A esto debe agregarse la generalización de salas constitucionales y tribunales constitucionales. En América ya existen tribunales constitucionales en algunos países, y en Europa son muy generalizados, lo que demuestra la importancia de la justicia constitucional.

e) Existe abundante bibliografía sobre nuestra materia. Las investigaciones y estudios son muy avanzados, sistemáticos y penetrantes.

En agosto de 2003, el Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se convirtió en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, bajo el impulso de renombrados procesalistas constitucionales como Héctor Fix-Zamudio, Cappelletti, Néstor Pedro Sagüés, Fernández Segado, García Belaunde, Hernández Valle, Diego Valadés, Pérez Tremps, Ferrer Mac-Gregor, Nogueira Alcalá, Rey Cantor y otros. Posteriormente ve la luz, auspiciado por el Instituto, la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, con tres números en circulación, donde escriben los más prestigiosos expositores de esta materia.

El Instituto Mexicano de Derecho Procesal auspicia la publicación de obras de derecho procesal constitucional, con la finalidad de satisfacer inquietudes de los especialistas, teniendo en mente el incremento de las investigaciones especializadas en los países latinoamericanos.

Por otra parte, en varios países se organizan institutos, academias, seminarios, encuentros, coloquios y conferencias.

f) Su estudio es tan importante que se ha incorporado como materia independiente en programa de muchas universidades.³⁴

g) Existe un fuerte movimiento de procesalistas y constitucionalistas que cultivan esta nueva disciplina, y que evidentemente se decantan a favor de la autonomía.³⁵ Debemos reconocer que no faltan voces en contra de su autonomía, llegando a reconocer únicamente autonomía pedagógica y expositiva.

h) El estudio comparado de los sistemas del control de la constitucionalidad de los diversos países y su jurisprudencia enriquece y amplía nuestra materia.

i) El derecho internacional penetra en el derecho interno de los Estados, y algunas Constituciones reconocen las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, otras establecen jerarquía normativa con los tratados: carácter de ley que no puede ser derogada por ley ordi-

³⁴ El destacado procesalista y constitucionalista Eduardo Ferrer Mac-Gregor informa que se imparte el Derecho procesal constitucional en la licenciatura y posgrado en las Universidades de América Latina, entre otras las de Argentina, Colombia, Costa Rica, Panamá y Perú (*Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Funda, 2002, pp. 47 y 48).

³⁵ *Ibidem*, pp. 42 y ss.

naria, rango constitucional, superioridad sobre todo el ordenamiento jurídico interno, principalmente con los tratados, convenciones, o declaraciones sobre derechos humanos; surge el derecho comunitario y los tribunales supranacionales sobre derechos humanos, cuyas sentencias tienen que ser cumplidas por los países que aceptan su jurisdicción (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos).

Es posible la existencia de normas procesales constitucionales internacionales creadas por nuestro derecho interno. Por ejemplo: el principio de territorialidad del proceso constitucional, en virtud del cual el procedimiento a seguir es el nacional; la condición jurídica del extranjero en el proceso constitucional; las acciones y derechos que pueden ejercer en nuestro proceso constitucional los extranjeros: no pueden pedir en el proceso constitucional la inconstitucionalidad de la ley a través de la acción popular, pero pueden reclamar la violación de todos los derechos que tienen los nicaragüenses, menos los políticos y los que establezcan las leyes; la ejecución de sentencias extranjeras de la justicia constitucional en Nicaragua. Habría que estudiar si a este aspecto procesal se le puede denominar derecho procesal constitucional internacional. Es un derecho interno creado con base en la Constitución local y demás normas constitucionales que tiene en cuenta la existencia de otros Estados.

Me refiero a un derecho procesal constitucional internacional creado por nuestro ordenamiento jurídico con propósitos internacionales y no al derecho procesal constitucional que rechaza García Belaunde, el cual supone la existencia de una Constitución mundial o regional y el aniquilamiento de las Constituciones nacionales, las que todavía existen. Agrega que la Constitución europea dista mucho de ser propiamente una Constitución y que todavía no ha sido aprobada, pero que tal cosa no impide la existencia de un derecho procesal internacional que estudia los diferentes procesos a nivel internacional, ya que el derecho procesal se internacionaliza. El planteamiento de García Belaunde es correcto.³⁶

Existen normativas, denominadas por Gaetano Morelli, derecho estatal externo, derecho estatal en orden a las relaciones con el exterior o de-

³⁶ El “derecho procesal constitucional y su configuración jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 51 y ss.

recho interno en materia internacional, los cuales participan de los caracteres propios de las agrupaciones internas del derecho interno estatal: derecho constitucional, administrativo, privado, penal, procesal. De aquí que las normas de derecho estatal externo que tienen el carácter de derecho procesal constituyen el derecho procesal civil internacional, que si reciben el apelativo de internacional, no es para indicar el ordenamiento jurídico a que pertenecen, sino para designar el objetivo de dichas normas que las distinguen de las otras normas de derecho procesal civil. El derecho procesal civil internacional es parte del derecho interno de un determinado Estado y no parte del derecho internacional verdadero o propio.³⁷

El derecho internacional se divide en público y privado. El derecho internacional público regula las relaciones entre los Estados y los demás sujetos del derecho internacional. El derecho internacional privado regula las relaciones privadas que surgen cuando en ellas concurren normativas de diversos Estados.

Del derecho internacional público propiamente dicho, si lo dividimos en sustantivo y objetivo, pueden surgir el derecho internacional humanitario (con base en la Convención de Ginebra), el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho procesal internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional, el derecho procesal internacional dividido en varias materias: civil, laboral, comercial, etcétera.

No existe duda de que el derecho procesal constitucional pertenece al derecho público. La duda surge cuando algunos autores sostienen que nuestra rama pertenece al derecho constitucional³⁸ y otros al derecho procesal, ubicándolo algunos en el derecho procesal civil. No faltan otros que lo ubican en una posición ecléctica.³⁹

³⁷ *Derecho procesal civil internacional*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1953, pp. 1 y ss.

³⁸ Cfr. Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, 2004, pp. 15 y ss.

³⁹ Para Néstor Pedro Sagüés existen ciertas instituciones de carácter mixto que pertenecen al derecho constitucional procesal y al derecho procesal constitucional, lo que requiere la participación de constitucionalistas y procesalistas constitucionales. Esto se produce cuando la institución tiene su base en la Constitución (derecho constitucional procesal: el *habeas corpus*, el *habeas data*, etcétera) y es desarrollada por el derecho procesal constitucional. Como nuestros procesos constitucionales tienen sus bases y la defi-

Nuestra materia pertenece al derecho procesal,⁴⁰ goza de autonomía y está vinculada al derecho procesal general. Aunque es instrumental, tiene tanta importancia como el propio derecho sustantivo, representado en nuestro caso por la Constitución; pues sin un procedimiento constitucional que haga cumplir la Constitución y repare sus violaciones, sería letra muerta, como un vehículo sin ruedas. Igual cosa sucedería si no existiera un Código de Procedimiento Penal para poner a funcionar el Código Penal.

Gustav Radbruch sostiene la sustantividad del derecho procesal. Pienso que donde se destaca con más fuerza la distinción propia y sustantiva del proceso frente al derecho material es en la respuesta a si puede el defensor pedir la absolución sabiendo que su defendido es realmente culpable. El abogado que pide la absolución bajo esa circunstancia seguirá abogando por el derecho procesal. Este pensamiento procesal sustantivo no es simplemente resultado de una capacidad refinada de distinción desarrollada con el tiempo. Cita a Albert Schweitzer, que en uno de sus libros cuenta cómo los indígenas de un país salvaje sólo consideran justa la pena siempre y cuando se hallen realmente convictos. En general, los culpables suelen sentirse decepcionados por la condena, a menos que la fuerza arrolladora de la prueba los obligue a reconocer su culpabilidad.⁴¹

V. SU DESARROLLO ACTUAL Y APORTES A LA DEMOCRACIA

Son numerosas las obras, estudios, artículos y monografías que se dedican exclusivamente al derecho procesal constitucional, tanto en América como en Europa, aunque en el viejo continente bajo el nombre de jus-

nición de sus finalidades en la Constitución y además son desarrollados en una ley constitucional, según Sagüés nuestro derecho procesal constitucional pertenece en parte al derecho constitucional procesal y en parte al derecho procesal constitucional. Existen otras ramas del derecho como la penal, la civil, la laboral que tienen algunas bases en la Constitución, dando lugar al derecho constitucional penal, civil y laboral, de lo cual surgen instituciones mixtas tratadas en parte por el derecho constitucional y en parte por el derecho penal, civil y laboral, para la cual se necesita el aporte conjunto de constitucionalistas y penalistas, civilistas y laboralistas en cada rama (*Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario, cit.*, nota 32, t. I, pp. 5 y 6).

⁴⁰ García Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional, cit.*, nota 12, p. 185.

⁴¹ *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 93-95.

ticia constitucional, salvo algunas excepciones. Escapa a nuestro trabajo hacer alguna enumeración aproximada de ellas.

Los procesalistas y constitucionalistas se interesan en sus estudios, los que penetran en las universidades como materia independiente de la carrera o como posgrado.

A lo anterior es preciso agregar la aceptación en las democracias del control de la constitucionalidad. Se puede afirmar que la época de la Constitución sin defensa ha terminado en los países bajo el Estado democrático de derecho.

La eficacia del control político y legal de la jurisdicción constitucional ha contribuido a su expansión, estudio y un mejor funcionamiento del sistema legal de cada país.

Son indiscutibles los aportes del control constitucional a la democracia: se perfecciona el Estado de derecho, pasando a ser el control constitucional una pieza fundamental de la democracia moderna, igual a la división de poderes, el sufragio y el pluralismo político; sin sistema de control constitucional, la Constitución se convierte en papel mojado; es un medio de control de las competencias repartidas entre los poderes y órganos del Estado y de defensa de los derechos humanos; las minorías lo pueden emplear como instrumento de defensa de sus derechos e intereses; las sentencias de las salas o tribunales constitucionales han provocado o pueden provocar significativos avances económicos, sociales, culturales y políticos, ejemplo de ello es la Corte Suprema de los Estados Unidos.

VI. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Este es un tema en el que no existe acuerdo entre los autores, porque, de un lado, no todos coinciden en los elementos del contenido, por la percepción que tienen individualmente del tema y, del otro, las leyes o códigos procesales constitucionales de control amplían o disminuyen su contenido, incluso agregándole cuestiones ajenas (elecciones, plebiscitos, etcétera), por tal razón se habla de derecho procesal constitucional nicaragüense, de derecho procesal constitucional mexicano,⁴² y así de país en país.

⁴² Fix-Zamudio enumera los instrumentos tutelares de las normas constitucionales que pertenecen al derecho procesal constitucional mexicano: el juicio político; las contro-

Es conocida la división que hace Capelletti del contenido de nuestra materia, seguida y adaptada por varios autores a sus países.

Se distingue entre jurisdicción constitucional de la libertad, jurisdicción orgánica y jurisdicción trasnacional.

La primera tiene por objeto tutelar los derechos humanos consagrados en la Constitución (por ejemplo: el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data*), muy generalizada en los países democráticos. Los enumerados no son todos los instrumentos de defensa, pues existen más en Europa y otros países.

La segunda vela por el respeto de las competencias y atribuciones de los poderes u órganos del Estado (por ejemplo: el recurso de inconstitucionalidad de la ley, los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, entre los poderes centrales y los estatales en los Estados federales).

La tercera se refiere al conflicto entre las normas constitucionales y las que pertenecen al campo trasnacional incorporadas directamente por la ley, la Constitución u otros medios (tratados) al derecho interno.

García Belaunde estima que el contenido del derecho procesal constitucional se integra de la siguiente manera:

a) La jurisdicción constitucional, dentro de la cual estudia el valor jurídico de la Constitución (supremacía) y la Constitución como final político, la Constitución como unidad, la presunción de constitucionalidad de las normas y la presunción a favor de los derechos humanos.

b) Los procesos constitucionales que nacen de cada legislación, entre ellos el *habeas corpus* y el amparo.

c) La magistratura constitucional. Se refiere a los órganos políticos o judiciales de control, a los tribunales constitucionales (fuera o dentro del Poder Judicial), a las Salas Constitucionales dentro de la Corte Suprema que conocen del control constitucional y de casos ordinarios, de las cortes supremas prácticamente dedicadas a las cuestiones constitucionales (Corte Suprema de México).⁴³

versias constitucionales; la acción de inconstitucionalidad; el procedimiento de investigación de la Corte Suprema de Justicia; el juicio de amparo; el juicio de protección de los derechos políticos-electorales; el juicio de revisión constitucional electoral; los órganos autónomos no jurisdiccionales protectores de los derechos humanos, como el defensor del pueblo o procurador de los derechos humanos (*Introducción al derecho procesal constitucional, cit.*, nota 33, p. 115).

⁴³ *De la jurisdicción constitucional al derecho...*, *cit.*, nota 12, pp. 199 y ss.

Para buscar el contenido hay que echar mano de los elementos más comunes que puedan integrar el contenido y los límites del derecho procesal constitucional, en la medida que nos permite esta nueva rama del derecho.

A continuación expondré brevemente estos elementos.

1. *La superioridad constitucional*

La fundamentalidad y superioridad jerárquica de la Constitución es el elemento a partir y alrededor del cual se construye el derecho procesal constitucional. Toda su construcción teórica y práctica se deriva de tal superioridad.

Ya lo expresó el magistrado Marshall en su celebre sentencia. La revisión judicial norteamericana como procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes se funda en la superioridad constitucional. Éste es un concepto constitucional, pero que desarrolla el derecho procesal constitucional, con quien lo comparte.

2. *La jurisdicción constitucional*

La potestad de impartir justicia mediante el juzgamiento, y de ejecutar lo juzgado, le corresponde al Poder Judicial, integrado por los jueces y magistrados.⁴⁴

El Código de Procedimiento Civil nicaragüense define la jurisdicción como la potestad de administrar justicia, o sea, el derecho y la obligación de aplicar la ley.⁴⁵ En lugar de emplear el vocablo “derecho” debería usarse competencia o atribución, pero si se acepta el vocablo derecho, debe entenderse como un derecho de naturaleza pública, equivalente a competencia, con la correlativa obligación de ejercer la jurisdicción.

La jurisdicción encierra tres poderes: juzgar, ejecutar lo juzgado y pedir auxilio y obligar a todas las autoridades a cumplir las resoluciones. También obliga a cumplir las sentencias a las organizaciones y personas naturales y jurídicas afectadas.⁴⁶

⁴⁴ Artículos 158 y 159 de la Constitución.

⁴⁵ Artículo 1o.

⁴⁶ Artículo 167 de la Constitución, 190, 196 y 509 del Código de Procedimiento Civil.

El derecho constitucional no tiene por qué renunciar a la jurisdicción, pero en realidad es compartida con el derecho procesal, como lo afirma Alcalá-Zamora y Castillo anteriormente citado, en nuestro caso con el derecho procesal constitucional. La Constitución crea la jurisdicción, pero es creada para el proceso, el cual la desarrolla; el proceso equivale a los pies con los que camina la jurisdicción, las dos caras de una misma moneda.

La llamada jurisdicción voluntaria no es inherente al proceso o a la jurisdicción, pueden existir sin ella, de tal suerte que la administración pública y el notariado la reclaman. Son varios los países que han trasladado gran parte de la jurisdicción voluntaria al notariado.

La justicia constitucional goza de los poderes antes señalados al pertenecer al Poder Judicial. Por su parte la Ley de Amparo establece en los artículos 48, 49 y 50 y otros, el procedimiento de ejecución.

3. La acción y la pretensión constitucional

Al independizarse la acción del derecho privado, adquiere carácter de derecho público y para ejercitarse basta invocar pretensión sustantiva para darle trámite, prospere o no prospere la demanda en la sentencia definitiva. No supone un derecho sustantivo previo al juicio: se sabrá si existe en la sentencia de término.

Por tal razón, la acción es abstracta: el demandante puede ser que tenga o no derecho, pero accedió a la justicia, la jurisdicción funcionó y se desarrolló en todas sus etapas, y se dictó sentencia rechazando o aceptando la demanda.

La acción constitucional es el derecho público concedido por la Constitución y la Ley de Amparo para poner en movimiento la jurisdicción constitucional por alegarse que se ha infringido la Constitución por ley, decreto, reglamento, acto, acción u omisión, y que puede o no prosperar según se acredite o no la violación de la Constitución o de los derechos y garantías consagrados en ella, pero el juez constitucional debe tramitarla y fallar si se llenaron los requisitos establecidos para su ejercicio.

En virtud de la acción constitucional se abren los procesos constitucionales que serán estudiados brevemente, se desarrolla la jurisdicción constitucional y se falla el fondo del asunto en forma positiva o negativa.

Su carácter abstracto es más marcado en la acción (recurso en nuestro sistema) de inconstitucionalidad de la ley, decreto y reglamento, lo mismo que en el *habeas corpus*, pues existe en nuestro país (y en otros: acción de inconstitucionalidad de Colombia y Venezuela) acción popular para ejercitarla, lo cual la independiza de una concreta pretensión sustantiva.

La pretensión en la acción de inconstitucionalidad de la ley (o recurso por inconstitucionalidad) es el interés general de mantener la integridad de la Constitución frente a su violación. Es una defensa al derecho objetivo.

Cuando la inconstitucionalidad de la ley es vinculada por el recurrente al derecho humano violado, es importante invocar la pretensión de restablecer o reparar el daño del derecho violado, aunque el Pleno de la Corte Suprema de Justicia puede declarar la inconstitucionalidad aun cuando no se pruebe la violación del derecho del recurrente, pues basta la violación del artículo constitucional que lo consagra. Esto se aplica en la acción popular de inconstitucionalidad, pero no en la que se ejercita en los juicios de la justicia ordinaria.

Por el contrario, en la acción de amparo debe invocarse la violación concreta de un derecho constitucional y exigir su restablecimiento o reparación por el que la ejercita, aunque después se determine en la sentencia definitiva que no existe tal violación.

En la vía judicial (sistema difuso) el ejercicio de la acción o excepción de inconstitucionalidad está vinculada al derecho material invocado por la parte en el juicio, y se falla en la sentencia definitiva.

4. *La sentencia constitucional*

El estudio de la sentencia constitucional es uno de los más difíciles, por sus efectos más extensos que las sentencias civiles, por los diferentes tipos de sentencias, su riqueza creativa, sus importantes logros, y los roces que puede provocar con los otros poderes, principalmente el judicial y el legislativo. La sentencia constitucional difiere en varios aspectos con la civil.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, cit., nota 33, pp. 24 y 25.

El análisis de todos estos temas escapa a la extensión de este artículo por lo que nos limitaremos a hacer algunas reflexiones.

La sentencia constitucional produce cosa juzgada, la que tiene doble efecto: uno positivo y el otro negativo.

En virtud del primero se puede pedir su ejecución, o sea, el cumplimiento de la sentencia; en virtud del segundo se le veda a las partes entablar nuevamente la acción.

La cosa juzgada constitucional obliga a todas las partes y tiene como propia característica obligar al Estado como parte que es, de tal manera que la administración no puede repetir el acto anulado, la Asamblea Nacional a aplicar la ley declarada inconstitucional, lo mismo que los jueces y tribunales.

El juez constitucional es bastante creativo en materia normativa, por el carácter abierto de gran parte de las disposiciones constitucionales y por su facultad integrativa constitucional. Por tal razón se dice que es un legislador negativo y positivo. Ejemplo de ello son las sentencias dispositivas y normativas; pero no puede constituirse en un juez-legislador.⁴⁸

El efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley es expulsarla del orden jurídico para el futuro o para el pasado, según el sistema que se adopta. El juez constitucional viene a ser, en palabras de Kelsen, un legislador negativo. La sentencia produce efectos *erga omnes* y obliga a todas las autoridades.

La sentencia que declara la constitucionalidad de la ley también produce cosa juzgada, pero no las sentencias interpretativas, o sea, las que desechan soluciones inconstitucionales y aceptan otra u otras constitucionales.

En Nicaragua sucede lo mismo de acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley de Amparo: la sentencia interpretativa puede cambiar cuando los motivos del recurso cambian.

Cuando un artículo impugnado de inconstitucional se complementa o tiene conexión con otro u otros no impugnados, éstos también tienen que

⁴⁸ Hernando Devis Echandia estima (al referirse al proceso civil), a la jurisprudencia como fuente del derecho, semejante a la costumbre, que es experimental y de elaboración lenta. El juez crea derecho no solo en ausencia de normas, sino también frente a reglas consagradas, creando derecho distinto del derecho legislado, es el artesano del derecho nuevo, pues ha sido siempre un juez-legislador (*Tratado de derecho procesal civil*, Bogotá, Temis, 1961, t. I, p. 81).

ser declarados inconstitucionales si el impugnado fue declarado inconstitucional.

En el amparo la sentencia solamente tiene efecto con relación al caso que se ventila, pero existe una tendencia doctrinal de concederle una fuerza expansiva para ciertos casos por diferentes medios: la representación en las acciones que protegen intereses difusos y mantener inalterable la jurisprudencia en las acciones colectivas que protegen el patrimonio cultural, la seguridad y solidaridad pública, el ambiente, etcétera.

Esta jurisdicción se ejerce por diferentes órganos: tribunales constitucionales dentro o fuera del Poder Judicial, en forma concentrada o en alianza con el sistema difuso; los jueces y tribunales ordinarios en cualquier clase de juicios (sistema difuso); la Corte Suprema de Justicia como tribunal ordinario que conoce de la jurisdicción constitucional y de la ordinaria; una sala constitucional de la Corte de Justicia; diferentes órganos del Poder Judicial en cada proceso, como ocurre en Nicaragua donde la exhibición personal es fallada por un tribunal penal de apelaciones, el amparo por la Sala de lo Constitucional, y la inconstitucionalidad de la ley, decreto y reglamento y las cuestiones de competencia entre los poderes del Estado por la Corte Plena.

Otro problema, aunque ya prácticamente superado, pero que salta a la palestra cuando la jurisdicción constitucional entra en conflicto con los otros poderes u órganos constitucionales, principalmente con el legislativo, es su legitimidad, pues es creadora de normas y anula las existentes, o sea, legisla positiva y negativamente sin tener legitimidad popular, violando así la división de poderes, al corresponderle al legislativo aprobar, modificar y derogar las leyes; en virtud de la cual lo que la representación de la mayoría del pueblo gana en la Asamblea Legislativa, un ciudadano o minoría lo borra ante el juez constitucional.

Las razones que fundamentan su legitimidad son los siguientes:

a) La legitimidad de la jurisdicción constitucional tiene su origen en el pueblo, que manifestó su voluntad en el Poder Constituyente que la estableció.

b) La Asamblea Nacional y el Ejecutivo no siempre son oportunos, no responden a los intereses populares, se alejan de sus representados, etcétera.

c) La jurisdicción constitucional protege a la minoría y fortalece el pluralismo político.

d) En lugar de desbalancear el equilibrio de los poderes, contribuye a mantenerlo.

e) Su aceptación generalizada es un buen argumento para su legitimidad.

f) Es un instrumento de protección de los derechos humanos.

5. *Los principios del derecho procesal constitucional*

El derecho procesal constitucional se rige por principios que sirven para legislar científicamente, interpretar e integrar el derecho y aplicar las reglas del procedimiento y los derechos humanos.

Unos son de fondo y otros de forma, algunos se vinculan con el derecho penal, civil y constitucional y con los principios generales del derecho.

Su estudio detallado no corresponde a la extensión de este artículo, por lo que basta su enumeración con un breve resumen de cada uno; a saber:

- El *principio de impulso oficial*, que permite al juez constitucional, después de realizado un trámite, pasar de oficio al siguiente trámite.
- El *principio de informalidad*, que libera al proceso constitucional de formalidades que no tengan por objeto la seguridad y el derecho de defensa.
- El *principio de celeridad*, que permite que con preferencia los procesos constitucionales deben ser breves.⁴⁹
- El *principio de buena fe*, que exige que ella y la lealtad en el proceso imperen, eliminando trampas, argucias, etcétera.⁵⁰
- El *principio de inmediación*, que exige que el juez constitucional intervenga directamente, principalmente en diligencias orales, en los actos procesales.
- El *principio de legalidad constitucional* que exige la aplicación preferente y efectiva de la Constitución, la sanción máxima por la violación constitucional (lo que se hace efectivo con la nulidad absoluta de las leyes, tratados, órdenes o disposiciones violatorias), la no consolidación de los actos violatorios de la Constitución y la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la violación.

⁴⁹ Artículo 5o., incisos 1 y 3 de la Ley de Amparo.

⁵⁰ Artículo 5o., inciso 2, de la Ley de Amparo.

- El *principio de economía procesal*, el cual desarrolla el principio de celeridad.
- El *principio de publicidad procesal*, en virtud del cual el proceso se abre a las partes y al pueblo.⁵¹
- El *principio de aplicación de la disposición más favorable* al recurrente, cuando existe otra menos favorable.
- El *principio de presunción de inocencia*, en virtud del cual el procesado no tiene que probar su inocencia, pues el que tiene la carga de la prueba es el acusador.
- El principio *in dubio pro reo*, con varias aplicaciones: en caso de duda se interpreta la ley en forma más favorable al reo,⁵² cuando existen varias interpretaciones se aplica al reo la más favorable, en caso de duda es preferible absolver al culpable que condenar a un inocente,⁵³ las leyes penales se aplican retroactivamente cuando favorecen al reo.⁵⁴
- El *principio de preferencia*, en virtud del cual existen ciertos derechos humanos que deben aplicarse con preferencia a otras normas constitucionales.
- El *principio de expansibilidad de los derechos humanos*, en virtud del cual los derechos humanos van sugiriendo y aumentando su radio de acción.
- El *principio de irreversibilidad*, en virtud del cual, principalmente en los campos económico, social y cultural, los derechos humanos conquistados no pueden retroceder.
- El principio de igualdad para las partes a lo largo del proceso.⁵⁵

6. El proceso constitucional y su finalidad

El proceso constitucional es un conjunto de actos, cargas, situaciones, plazos, etapas y resoluciones coordinados y sucesivos realizadas ante el juez constitucional, que concluye con la cosa juzgada constitucional con la finalidad de restablecer y reparar la violación de la supremacía de la

⁵¹ Artículo 5o., inciso 3, de la Ley de Amparo.

⁵² Artículo 13 del Código Penal.

⁵³ Artículo 2o., párrafo 4, del Código Procesal Penal.

⁵⁴ Artículos 14 del Código Penal y 38 de la Constitución.

⁵⁵ Artículo 5o., inciso 3, de la Ley de Amparo.

Constitución y los derechos contemplados en ella.⁵⁶ Su naturaleza es de derecho público.

No existe un proceso común u ordinario, como en lo civil, y algunos especiales, por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, son varios los juicios o recursos que se regulan por separado: el recurso por inconstitucionalidad de la ley; el recurso de amparo; el recurso de exhibición personal; el *habeas data*, que aunque carece de procedimiento especial se aplica el del amparo; la decisión de la constitucionalidad en los juicios de la jurisdicción ordinaria (penales, civiles, laborales, etcétera) o sistema difuso. En la doctrina se citan otros, en dependencia de cada sistema y punto de vista del autor (el juicio político).

7. Amplitud del concepto de violación constitucional

No solamente la violación directa de la Constitución da pie a la inconstitucionalidad, pues existen un conjunto de leyes que junto a ella determinan la inconstitucionalidad de las leyes. Es lo que en la doctrina se denomina el bloque o parámetro de constitucionalidad, concepto de origen francés, cuya aceptación depende de cada ordenamiento jurídico.

Es conveniente aclarar que los tratados, declaraciones y convenios sobre derechos humanos incorporados a nuestra Constitución por el artículo 46 pueden dar lugar a la inconstitucionalidad en forma autónoma porque están equipados jerárquicamente a la Constitución. Éstos son: *a*) la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948; *b*) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948; *c*) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado el 16 de diciembre de 1966; *d*) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización

⁵⁶ Con relación al objeto o fines del proceso, se han elaborado varias teorías. Algunos autores sostienen que el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo o sea simplemente aplicar la ley, pero se le critica porque no puede ser un fin sino un medio del Estado para resolver un conflicto entre partes. Otra teoría sostiene que el fin del proceso es simplemente la tutela de los derechos subjetivos, pero se le critica porque un proceso no tiene exclusivamente un contenido privado o particular, sino también fines públicos. Para una tercera teoría ecléctica, el proceso es la actuación de la ley para solucionar un caso concreto y satisfacer el interés general y público de que los conflictos se resuelvan, y no permanezcan las relaciones jurídicas en una eterna incertidumbre.

de las Naciones Unidas aprobado el 16 de diciembre de 1966; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Por otra parte, el artículo 71, párrafo 2, de la Constitución dispone que tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

Forman parte del bloque de constitucionalidad de nuestro sistema 1) las leyes constitucionales: Ley de Amparo, Ley Electoral y la Ley de Emergencia; la Constitución derogada de 1974, por violaciones a sus disposiciones cuando se encontraba vigente; y 2) las leyes duras: la Ley de Municipios y la de Autonomía de la Costa Atlántica, las que requieren de mayorías y trámites especiales para su promulgación y modificación.

La Sala Constitucional de nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene que el debido proceso es un derecho humano y elemento fundamental del Estado de derecho y forma parte del bloque de constitucionalidad de la República.⁵⁷

VII. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

De diferentes maneras se ha regulado el procedimiento constitucional: por jurisprudencia (Estados Unidos), con base en la Constitución y leyes sueltas que regulan ciertos procesos constitucionales, por el Código Civil, por el Código de Procedimiento Civil, por leyes especiales, o por códigos.

En nuestro sistema, como es mixto, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 194, dispone que los jueces y tribunales aplicaran de preferencia la Constitución, después las leyes y decretos legislativos, y por último los acuerdos y decretos ejecutivos.

Ya en 1893 se había promulgado la primera Ley de Amparo, que establecía el recurso de inconstitucionalidad contra ley, lo mismo que contra cualquier violación a la Constitución y leyes constitucionales por actos o resoluciones de cualquier autoridad, pero no contra las resoluciones judiciales en asuntos de su competencia.

⁵⁷ Sentencia de las 8:30 a. m. del 11 de septiembre de 2000, *Boletín Judicial Constitucional*, p. 9.

La actual Ley de Amparo sólo reconoce el sistema difuso como medio de control de la constitucionalidad,⁵⁸ pero su tramitación y fallo se hace dentro del juicio y en la sentencia definitiva, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil.

En Panamá el Derecho Procesal Constitucional se encuentra regulado en el Libro IV del Código Judicial, bajo el título de Instituciones de Garantía.

En Argentina la jurisdicción constitucional se encuentra en leyes sueltas y códigos procesales penales y civiles.

La importación, desarrollo y autonomía del derecho procesal reclaman su unificación en leyes especiales, preferiblemente en códigos, no por el deseo de otorgarle falsamente una jerarquía que no merece, sino porque facilita su estudio y consulta, ayuda a sistematizar la disciplina, a establecer las reglas generales de los procesos, a consagrar los principios, a llenar lagunas, a terminar con ambigüedades y a realizar interpretaciones confiables.⁵⁹

No se trata de codificar cualquier materia o institución, como está sucediendo en Francia ante el problema de la inflación legislativa, lo que ha llevado a una recodificación, de la cual han surgido aproximadamente cuarenta códigos. Un no rotundo, se trata de codificar una pieza fundamental de la democracia moderna.

Ya tienen códigos procesales constitucionales la provincia de Tucumán, en Argentina, y Perú, y se espera un Código modelo para Iberoamérica.

En estos códigos deben sentarse los principios generales, las reglas comunes, regularse los procesos constitucionales, los efectos de cada uno de ellos, los tribunales que conocerán de la jurisdicción constitucional y el proceso de ejecución.

El Código de Perú es un buen modelo, seguido en el mundo. El Código peruano contempla disposiciones generales y principios, los órganos competentes, la regla de interpretación de que los derechos constitucionales se interpretan de conformidad a los tratados internacionales sobre derechos

⁵⁸ Artículos 5o. y 20.

⁵⁹ Néstor Pedro Sagüés trata magistralmente las ventajas y los peligros de la codificación en su estudio "Codificación del derecho procesal constitucional" (Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. 499 y ss.).

humanos, el proceso de *habeas corpus*, el proceso de amparo, el proceso de *habeas data*, el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de acción popular, el proceso de cumplimiento y el proceso de competencia que se refiere a los conflictos de competencia. Todos estos procesos son iniciados a través de una acción que lleva el mismo nombre.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
(TEORÍA GENERAL, NACIMIENTO Y DESARROLLO
DE LA DISCIPLINA, CONTENIDO, AUTONOMÍA CIENTÍFICA)

Enrique FALCÓN*

SUMARIO: I. *Prolegómenos*. II. *Origen. La norma fundamental*. III. *Formación y desarrollo*. IV. *La “fundación” kelseniana*. V. *La fundación evolutiva*. VI. *Consolidación del derecho procesal constitucional*. VII. *Concepto*. VIII. *Contenido*. IX. *Colofón*.

I. PROLEGÓMENOS

En los últimos tiempos ha aparecido con gran fuerza una tendencia a formalizar junto con otras nuevas divisiones “autónomas” del derecho procesal, y de manera definitiva la del derecho procesal constitucional, cuya evolución estuvo fundamentalmente montada sobre el derecho constitucional, el derecho procesal civil y algo menos sobre el derecho procesal penal (en este último caso en especial en el campo de los recursos extraordinarios). La separación más o menos autónoma de materias en el derecho coincide con el esquema de conocimiento de la ciencia fáctica occidental, según la cual, y a los fines de obtener un mayor y mejor conocimiento de los sectores de la realidad, se dividen las materias en porciones menores que permiten profundizar los aspectos de cada disciplina, es decir, que la ciencia resulta —en este sentido—analítica.¹ Por supues-

* Profesor de Derecho procesal, Argentina.

¹ Bunge, Mario (*La ciencia, su método y su filosofía*, México, 1978, pp. 23 y 24), dice: “*La ciencia es analítica*: la investigación científica aborda problemas circunscriptos, uno a uno, y trata de descomponerlo todo en elementos (no necesariamente últimos o siquiera reales)... Los problemas de la ciencia son parciales y así son también, por consi-

to que sin perjuicio del modelo analítico, necesario para profundizar el conocimiento debido a la limitada capacidad humana, es imprescindible tener una visión completa de cualquier materia que pretendamos conocer, y allí aparece el modelo sistémico.² En la conjugación de estos dos campos debe considerarse la autonomía de una rama cualquiera del derecho, y así resulta en el caso del derecho procesal constitucional.

Al examinar esta relativamente nueva división (que como veremos viene transitando numerosos caminos) recordamos que las divisiones tradicionales que mayor autonomía tenían eran las del derecho procesal civil y el derecho procesal penal.³ Pero la diferencia tradicional entre proceso civil y penal es distinta de la diferencia entre el proceso civil y el constitucional. Este último se encuentra más cercano al proceso civil y desde siempre sus instituciones parecen amadrigarse de manera dependiente del derecho constitucional, aunque en el campo procesal se cobijaron con mayor énfasis dentro del sistema procesal civil. Tal vez ello ha sido motivado por el hecho de que el derecho procesal civil y especialmente varios de los códigos procesales civiles representan, lo digan o no, un Código general del proceso.

En este sentido, Bordalí Salamanca, luego de excluir la distinción de derecho procesal civil y derecho procesal constitucional, con base en el tribunal constitucional (aspecto con el que claramente coincidimos ya que en países como Argentina existe un control constitucional difuso,⁴

guiente, sus soluciones... Pero a medida que la investigación avanza, su alcance se amplía...”.

² Sobre sistemas puede verse Canaris, Claus-Willem, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. de Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989; en Hart, *El concepto de derecho*, “Los fundamentos del sistema jurídico”, Buenos Aires, 1978, pp. 125 y ss.; Grün, *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, 1995; y de manera general: Bertalanffy, Ludwig von *et al.*, *Tendencias en la teoría general de los sistemas* (selección y prólogo de George J. Klir), versión española por Delgado y Ortega, Madrid, 1987; Bunge, Mario, *Sistemas sociales y filosofía*, Buenos Aires, 1995; Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas*, publ. por Torres Nafarrate, México, 1996; *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Buenos Aires, 1997.

³ Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I: *Fundamentos*, Buenos Aires, 1996, p. 170.

⁴ Esta posición, sin embargo, no es unánime. El requerimiento de tribunales constitucionales se ve como un elemento necesario del derecho procesal constitucional por muchos autores, y se ha dicho por ejemplo al respecto: “Hoy no es posible concebir un sistema constitucional eficiente sin un tribunal constitucional que proteja la Constitución”

aunque esta opinión dista de ser unánime), expresa en este mismo sentido que el proceso constitucional tiene más similitudes con el proceso civil que con otros como el proceso penal;⁵ sin embargo, ello sólo en cuanto al desarrollo de los principios por la relación ideológica del proceso civil y el Estado, ya que en sus orígenes verdaderos, el sistema constitucional ha tenido mayor referencia al proceso penal por el establecimiento del *habeas corpus* en el siglo XVII en Inglaterra.

II. ORIGEN. LA NORMA FUNDAMENTAL

Resulta complejo determinar el origen del derecho procesal constitucional, y esto se debe a que los sistemas de derecho se van generando poco a poco, con avances y retrocesos, hasta que de alguna manera se instalan definitivamente y quedan afianzados, aunque no necesariamente por un acto fundacional. Si nos remontamos a las cuestiones constitucionales advertiremos que ellas nacen realmente con el constitucionalismo en los Estados, que si bien pueden remontarse a la carta magna (1215 d. C.), no tuvieron una aplicación concreta, real y continuada hasta fechas muy cercanas.⁶ Obsérvese que el derecho constitucional no tuvo realmente un “nombre hasta el siglo XIX, una vez que se estableció la costumbre de reunir normas jurídicas concernientes a las instituciones políticas en un texto especial, de carácter solemne, llamado Constitución”,⁷ lo que per-

(Colombo Campbell, Juan, “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, vol. 8, núm. 2, p. 46).

⁵ Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial en defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, 2003, t. I, p. 18.

⁶ García Belaunde (*De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, 2003, t. I, p. 304) considera que la “jurisdicción constitucional” nació en 1610 cuando el juez Coke, en el caso Thomas Bonham, declaró que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del rey, lo que luego fue base del constitucionalismo de los Estados Unidos de América. Sagüés, a su vez expresa: “No es sencillo precisar cuándo nace el derecho procesal constitucional. Los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano *de homine libero*, preludeo del *habeas corpus* inglés que ya aparece Carta Magna (1215)” (Sagüés, *Los desafíos del derecho procesal constitucional*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 5, t. I, p. 507).

⁷ Duverger, M., *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6a. ed. española reformulada, dirigida por Jordi Solé Tura, Barcelona, reimpr. 1988, p. 24.

mite decir que esa norma fundamental es la que determina el carácter democrático de las sociedades, en tanto los gobernantes se encuentran sometidas a ellas. Este fermento surgió como consecuencia de la Revolución Americana y la Revolución Francesa de fines del siglo XVIII. La noción de Constitución es a su vez independiente del concepto que se tenga para la formación de la Constitución y su nacimiento orgánico, ya se le considere como un acto revolucionario, ya sea que se considere que se ha ido formando a través de la evolución de las costumbres, o a través de imposiciones de distintos factores sociales, o simplemente intereses de clases.⁸

III. FORMACIÓN Y DESARROLLO

Dejando de lado los antecedentes más antiguos, como los romanos, que en realidad tuvieron otra mira en su ideario y funcionamiento,⁹ históricamente ha sido el *habeas corpus* y luego el amparo, las primeras materias que dieron origen a lo que hoy llamamos derecho procesal constitucional. El *habeas corpus* es una locución latina tomada por el derecho anglosajón y adoptada posteriormente por el resto de los países, donde la libertad personal es considerada, que viene a significar “tu tienes el cuerpo” (*You have the body*). Casualmente es en el derecho anglosajón donde se establece una regla (sin perjuicio de que había antecedentes españoles

⁸ La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por vía legal, sino por una revolución... En un Estado monárquico, un grupo de individuos busca reemplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo... (Kelsen, *Teoría pura*, trad. Nilve, p. 140). En la versión de la *Teoría pura del derecho*, traducida por Vernengo directamente del alemán, dice “Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales...” (México, 1995, pp. 208 y 209).

⁹ El amparo tiene antecedentes que pueden rastrearse en el Derecho Romano y en instituciones de la Edad Media, pero con más precisión aparece el *habeas corpus* que también se puede encontrar con vestigios en el derecho romano (a través del interdicto *de homine libero exhibendo* (Dig. Just. L. 3, párr. 6, 43, 29). Se trata de un interdicto exhibitorio, que junto con los prohibitorios y restitutorios permiten la ejecución por la fuerza pública en caso de no ser cumplidos, aunque se ha criticado esta clasificación, porque los interdictos en realidad tienen por objeto efectuar prohibiciones.

en el mismo sentido,¹⁰ que luego va a ser la base de todos los sistemas democráticos. Durante el turbulento reinado de Juan Sin Tierra, en Inglaterra, en el siglo XIII,

...una serie de conflictos con los barones se resolvieron en junio de 1215 en las llanuras de Runnymede (se ha utilizado también la expresión Runnymede, ver nota 11), cerca de Windsor, en donde Juan Sin Tierra aceptó sellar la Carta Magna. Esta célebre acta es ciertamente un acta “reaccionaria” que limita la autoridad del rey en beneficio de las libertades, es decir, de los privilegios de la iglesia y de los barones... Además, aunque el rey prometía hacer observar la justicia por medio de sus oficiales y conceder algunas reparaciones por las exacciones cometidas, la Carta Magna.¹¹

¹⁰ No obstante, no deben olvidarse que la “firma de derecho” y el “Juicio de manifestación” aragoneses, junto con el “Justicia Mayor” de tal región, también dados a partir del siglo XIII, constituyen los datos más precisos en lo que hoy llamamos procesos constitucionales y magistratura constitucional (Sagüés, *Los desafíos*, cit., nota 6, p. 508).

¹¹ Le Goff, Jacques, “La baja Edad Media”, *Historia Universal del siglo XXI*, Madrid, 1974, vol. 11, pp. 225 y 226. Sobre la Carta Magna es conveniente recordar un exquisito trabajo de Christopher de Hamel de nominado “Las cuatro versiones de la Carta Magna”, publicado en castellano en la traducción y adaptación de Miguel Ángel Acosta para la *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho-Universidad de Mar del Plata*, año 1, núm. 1, 2006, pp. 215 y ss. Del texto citado transcribimos sus dos primeros párrafos “La Carta Magna es el más célebre documento institucional inglés, conferido por el Rey Juan (Sin Tierra) a sus barones y nobles el 15 de junio de 1215, en Runnymede, una localidad distante a unos cuarenta kilómetros de Londres. A partir de allí y durante los siguientes trescientos o cuatrocientos años fue venerada como la base fundacional del sistema judicial inglés y de las libertades constitucionales. Concomitantemente, también de este lado del Atlántico es reverenciada como un hito trascendental en el proceso de libertades, que culminó con la Declaración de la Independencia en 1776. Pero a pesar de tanta notoriedad no muchos conocen su contenido. Los más dirán que incluye afirmaciones sobre la igualdad de todos los hombres o que un acusado siempre se presume inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, sin embargo nada de esto se menciona. Hay, por supuesto, afirmaciones genéricas sobre juicios libres y justos, y también sobre derechos individuales, pero están reconocidos dentro de un conjunto de promesas que raramente serían objeto de veneración popular en nuestros días. En efecto, la Carta Magna contiene dos disposiciones antijudías (en los capítulos X y XI), otra disposición restringiendo la libertad de las mujeres (capítulo 54), otra disposición mandando que los bosques recién plantados sean destruidos (capítulo 48), otra disposición que manda despedir a diez hombres de sus respectivos trabajos, mencionando sus nombres y a varios de sus hermanos y amigos (capítulo 50) y otra cláusula concerniente a la prohibición de construir represas sobre el río Támesis, o sobre carruajes, a los fines del pago de las gabelas de transporte. Estas son en definitiva las disposiciones que admiran las huestes de crédulos en la Biblioteca Británica”.

Ello no se cumplió de forma inmediata, ya que tuvo que haber diversas guerras y revueltas, que dieron lugar al dictado de otra norma en 1295, que dio lugar a la institución del Parlamento, extendiendo los derechos que habían logrado los barones a otros estamentos más populares. En la práctica muchas veces ni la carta ni las reformas fueron cumplidas, y los derechos de los particulares e incluso de muchos nobles, no fueron considerados y sí ampliamente violados por la fuerza. Es muy corriente que en el nacimiento de las instituciones fundamentales sólo exista una declaración eventual, que luego no se cumple o se tuerce la interpretación, dando lugar a luchas durante muchos años (o siglos) para establecer finalmente sus principios.

Por las razones mencionadas, hubo que esperar. Quizás no se aprecie claramente, pero en general la evolución de las instituciones jurídicas va acompañada por cambios científicos y sociales importantes. En el siglo XVII se “establecieron instituciones que constituirían verdaderas sedes de la comunidad científica: fue la época en que se crearon grandes Academias, como la Royal Society de Londres (1662) o la Academia de Ciencias de París (1666)”.¹² Con sólo cuatro nombres tendremos una guía para comprender este periodo: Copérnico (1473-1543), que recreó la teoría heliocéntrica; Galileo Galilei (1564-1642), quien además de defender la teoría de Copérnico (por lo cual fue procesado y obligado a desdecirse), hizo numerosos estudios sobre los planetas y el universo circundante; Descartes (1596-1650), fundador del racionalismo y Newton (1642-1727), de quien, de entre sus muchos logros, podemos recordar la *Ley de la gravitación universal*. En este contexto, en Inglaterra, nuevamente, en 1679 se dicta la ley de *habeas corpus* (Habeas Corpus Act) y en 1688 el *Bill of Rights*.

Aunque el amparo tiene, como hemos visto, antecedentes en el derecho romano y en instituciones de la Edad Media, la concepción contemporánea está ligada al derecho mexicano de mediados del siglo XIX. Se trata de un procedimiento rápido y sencillo destinado a proteger los derechos constitucionales fundamentales (excluida la libertad personal que hemos visto regulada por el *habeas corpus*), ante actos del poder público o de particulares. Es una vía preventiva y puede considerarse cautelar, cuyo uso se previene cuando no existan otros medios para la protección o

¹² Arrase, Daniel, “La sensibilidad barroca: expresión artística y visión del mundo”, *Historia Universal Salvat*, Barcelona, 1984, t. XVII, p. 2150.

los existentes no sean eficientes, de modo que si no se actúa los perjuicios se tornarán irreparables.¹³ El juicio de amparo mexicano fue instituido por el Acta de Reformas a la Constitución el 18 de mayo de 1857 y reglamentada por la ley de Amparo, objeto de numerosas modificaciones.¹⁴ Pero el amparo mexicano se extendía a otras áreas. Fix Zamudio¹⁵ describe la extensión de estas funciones: *a*) como defensa de los derechos de la libertad (prácticamente *habeas corpus*), *b*) el amparo contra leyes para proteger la supremacía de la Constitución (es la acción o recurso de inconstitucionalidad), *c*) el amparo en materia judicial, amparo-casación o simplemente casación, *d*) el amparo administrativo (o recurso ante los tribunales por actos de la administración). La extensión fue en algunos casos criticada, pero en la actualidad el amparo aparece como una figura genérica comprensiva de diversas instituciones, tal vez con mayor extensión que la original mexicana. De manera que el carácter precursor de esta legislación es innegable.

Estos dos institutos, *habeas corpus* y *amparo*, son los basamentos fundamentales del derecho procesal constitucional, si bien, como veremos luego se agregaron otros numerosos temas a la materia, como por ejemplo el *habeas data* y el derecho procesal constitucional se asentó en la supremacía de la Constitución.

IV. LA “FUNDACIÓN” KELSENIANA

Muchos autores, con Alcalá-Zamora entre ellos,¹⁶ consideran a Kelsen como el fundador del derecho procesal constitucional actual. Sin embargo, y sin negar el aporte kelseniano, lo cierto es que el derecho procesal constitucional era evidente que se desarrollaba poco a poco con profundos antecedentes históricos. Por otro lado hay que considerar que Kelsen más bien estructuró el sistema constitucional con base en el positivismo jurídico, dentro del cual el proceso constitucional constituía un apéndice

¹³ Conf. Vescovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, 1988, pp. 466 y 467.

¹⁴ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1961, IV, 359; con *cit.* Echanove Trujillo, “El juicio de amparo mexicano”, *Rev. de la Fac. de Der. de México*, t. 1, núms. 1-2, enero-junio de 1951.

¹⁵ Fix-Zamudio, H., *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 110, 207 y 377 y ss.

¹⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, México 1947, 2a. ed., México, 1970, p. 215.

del derecho constitucional, apoyado fundamentalmente en los tribunales constitucionales.¹⁷ La atribución fundacional a Kelsen se debe, entonces,

¹⁷ Puede verse este desarrollo especialmente en las siguientes obras de Kelsen, “Las garantías de la jurisdicción constitucional” (Le garantie juridictionnelle de la Constitution La Justice constitutionnelle,; Revista de Droit Public, vol. 45, 1928, p. 197); *Teoría general del derecho y del Estado* (UNAM, México 1965, trad. Eduardo García Máynes) y *Teoría general del Estado* (trad. Luis Legaz y Lacambra, Barcelona, Labor, 1934), *El fundamento de la validez del derecho* (Chile, Rev. Univ. Concepción, 1964), “El concepto del orden jurídico” (*Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Ed. de América Latina, 1969), “Acerca de la norma básica” (*Rev. Ciencias Sociales*, Valparaíso-Chile, núm. 6, 1974), e innumerables trabajos sobre la pirámide jurídica constitucional y el derecho internacional. En su obra más conocida y estudiada (*Teoría pura del derecho*, trad. Vernengo, pp. 240 y 242) se puede apreciar con claridad esta situación: “Las normas generales producidas por vía de legislación (como leyes u ordenanzas), o por vía de la costumbre, tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, los tribunales y los organismos administrativos. Estos órganos aplicadores de derecho tienen que estar determinados por el orden jurídico, es decir, tiene que determinarse bajo qué condiciones un determinado hombre actúa como tribunal o como funcionario administrativo; pero también tiene que determinarse el procedimiento con el cual ejercerá su función: la aplicación de normas generales. La norma general que enlaza a un hecho determinado en abstracto, una consecuencia también abstractamente determinada, requiere, para poder ser aplicada, individualizarse. Tiene que establecerse si, en concreto, se ha producido el hecho que la norma general determina en abstracto, y, en ese caso concreto, tiene que imponerse un acto coactivo concreto; es decir, tiene previamente que ordenarse, y luego llevarse a cabo el acto coactivo que también se encuentra determinado en abstracto en la norma general. De ahí que la aplicación de una norma general a un caso concreto consista en la producción de una norma individual, en la individualización (o concretización) de la norma general. Y de ahí que la función de la norma general aplicable pueda consistir también en determinar el contenido de la norma individual que será producida por el acto judicial o administrativo, por la sentencia judicial o la resolución administrativa. Las normas generales aplicables por los órganos judiciales y administrativos tienen, por ende, una función doble: 1) determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales o administrativos..... La producción de normas jurídicas generales es tan aplicación de la Constitución, como la aplicación de las normas jurídicas generales por los tribunales y los órganos administrativos, es producción de normas jurídicas individuales. Así como las normas jurídicas generales producidas mediante promulgación expresa, o por costumbre, están determinadas por las normas de la constitución, es decir, por normas de una grada superior, tanto formalmente, como, de ser posible, materialmente, también las normas individuales producidas en los actos judiciales y administrativos se encuentran determinadas por las normas generales producidas expresa o consuetudinariamente, es decir, por normas de una grada superior, formal y materialmente. Pero la relación entre el elemento formal y material es distinto en ambos casos. La Constitución (en el sentido material de la palabra) determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimiento legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina —y ello con eficacia única-

a que se considera como tal la promulgación, el 1o. de octubre de 1920, de la Constitución de Austria que, por obra de Kelsen, organiza al Tribunal Constitucional como órgano especializado del control de constitucionalidad.¹⁸

Pero no es el tribunal constitucional especializado casualmente el que determinó el nacimiento del derecho procesal constitucional, sino más bien la posibilidad de un proceso donde se trataran las cuestiones constitucionales (pues en muchos lugares, como en Argentina, el control constitucional es difuso). Y en ese sentido resulta claro que hay hitos que no se pueden dejar de mencionar.

V. LA FUNDACIÓN EVOLUTIVA

En la evolución del sistema procesal constitucional tenemos una serie de hitos que se pueden remarcar claramente para demostrar que la fundación no fue un acto determinado, sino un conjunto de actos que se fueron sucediendo en el tiempo. En primer lugar el *habeas corpus* inglés del 26 de mayo de 1679. Luego, naturalmente, el caso “Marbury vs. Madison” de 1803 en Estados Unidos de América que ha sido el antecedente más relevante en materia de supremacía y control constitucionales y cuyo ejemplo fue seguido dentro y fuera de los Estados Unidos. En ese sentido, por ejemplo, la Constitución Federal Argentina de 1853, con antecedentes claros en la Constitución Americana, marcó a través de los artículos 5o. y 31 la supremacía constitucional (lo que dio lugar al recurso extraordinario por inconstitucionalidad que puede llegar a la Corte Su-

mente en un sentido negativo— el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos”.

¹⁸ Si de fuentes más próximas, claras y precisas se trata, pueden elegirse cuatro “cumpleaños” simbólicos para el derecho procesal constitucional. El primero es el 26 de mayo de 1679, fecha en la que se dicta la “*Habeas Corpus Amendment Act*” inglesa. Es, probablemente, la primera ley que regula meticulosamente un proceso constitucional, en este caso al *habeas corpus*, padre indiscutido de la disciplina. El segundo corresponde al caso “Marbury versus Madison”, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, oportunidad en que se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad. El tercer cumpleaños corresponde 1o. de octubre de 1920, cuando se promulga la Constitución de Austria que lanza, gracias a la pluma de Hans Kelsen, al Tribunal Constitucional como órgano especializado del control de constitucionalidad (Sagüés, “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 5, t. I, pp. 507 y 508).

prema).¹⁹ Seguidamente debe considerarse la Constitución mexicana de 1857 que incorpora el amparo. Recién para 1920 aparece la Constitución de Austria y el Tribunal Constitucional.

No obstante el derecho procesal constitucional no había surgido, era necesario algo más y ello porque, como ya hemos dicho, este derecho no tiene un nacimiento abrupto, ni un acto fundacional expreso, sino que constituye un avance gradual de la civilización hacia sistemas más elevados, cuyo desarrollo y aplicación efectiva todavía deben recorrer mucho camino. En este orden de conceptos, no obstante, puede considerarse que la aparición del derecho procesal constitucional, en los tiempos actuales, más que como un desgajamiento del derecho constitucional, o del derecho procesal civil o penal tradicional, *constituye un reordenamiento del sistema, estableciendo una estructura más acorde con la pirámide legal que parte indudablemente de la Constitución*. Este criterio está generalizado hoy en la ley y la doctrina,²⁰ pero ¿cómo se consolidó este derecho procesal constitucional para reclamar un puesto autónomo en el sistema del derecho procesal?

VI. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

No obstante lo mencionado, el desarrollo del derecho procesal constitucional a través de los hitos que hemos citado, fue más bien teórico, con aplicaciones jurisprudenciales a casos concretos, pero sin un contexto or-

¹⁹ *CNArg. Artículo 50*: Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. “*Artículo 31*: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859”.

²⁰ La legalidad... exigida por el paradigma del Estado de derecho se caracteriza, en términos generales, como una legalidad no sólo condicionante de la legitimidad, sino condicionada, ella misma, por vínculos constitucionales de tipo sustancial —como el principio de igualdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales—, y legitimada, a su vez, sólo en la medida de su conformidad con los mismos. Ni siquiera el legislador, en el Estado de derecho, es omnipotente (Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, 2000, p. 94).

gánico normativo que lo sustentara. En este aspecto me parece importante mostrar que existe una clara relación entre la consolidación del derecho procesal constitucional y la evolución de las distintas generaciones del derecho constitucional.

Los derechos constitucionales de primera generación (herederos de las revoluciones de Estados Unidos de América y Francia), dieron vía a los primeros derechos individuales, que se fueron consolidando paso a paso, pero que tuvieron que luchar contra la permanente fuerza que significaba el poder real reestablecido luego de Waterloo (18 de junio de 1815). Pero los derechos individuales habían dejado fuera del campo de protección a una gran masa de población que emergía y se consolidaba desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Ello dio nacimiento a los derechos de la segunda generación, a los derechos sociales (derechos sociales, derechos prestacionales o *welfare rights*), que se suponía conducían a un Estado de bienestar (Welfare State). Pero estos derechos de segunda generación que tuvieron un muy buen desarrollo en el derecho del trabajo y en algunas prestaciones asistenciales no estuvieron regulados adecuadamente por normas generales para un desarrollo coherente y concreto,²¹ lo que en general, en el plano de las naciones llevó pronto a una arbitrariedad en su aplicación, y permitieron el clientelismo político y la corrupción.²²

²¹ El artículo 14 bis de la CNArg. describe claramente estos derechos: El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

²² Ferrajoli denuncia estos efectos debido a una irresponsabilidad jurídica y política de los gobernante y al sabotaje del control legal (*El garantismo, cit.*, nota 20, pp. 76 y

Paralelamente el derecho procesal internacional promovía y dictaba numerosos textos a través de acuerdos y convenciones destinados a paliar éstos y otros aspectos también desprotegidos, como los derechos humanos (en distintas versiones), los derechos del niño y de la mujer, las normas contra la discriminación y contra la tortura. Ello se motivaba especialmente en América Latina en la discordancia que existía en general entre las Constituciones que pregonaban los derechos individuales y

77), aspecto que en la Argentina quedó claramente expuesto en la última década del siglo XX y principios del presente. Esta política se completó tratando de restarle poder a los jueces, con prohibiciones a tomar determinadas medidas (artículo 195 bis Cód. Proc. Civil, Ley 25.561, derogado luego por ley 25.587), por el bloqueo en la práctica para el reclamo de las jubilaciones (artículos 16, 17 20, 22 y 23 de la Ley 24.463, derogados por ley 26.153, con base en el fallo de la Corte Suprema “Bardaro” del 8 de agosto de 2006). El descalabro económico argentino que comenzó con una ley de intangibilidad de los depósitos (Ley 25.466), luego siguió con una inexplicable resolución del Ministerio de Economía ordenando que no se observaran en el sistema financiero las resoluciones de los jueces (res. 863/2001), que no hizo sino reflejar la crisis, y que luego de una u otra manera se consagró con la llamada “ley tapón” 25.587. Originalmente el decreto 1570/2001 había transformado todas las deudas del sistema financiero en dólares, que fue derogado por la ley de emergencia pública resultante 25.561, que “pesificó” la economía y que mantuvo la reforma de los artículos 617, 619 y 613 del Código Civil, con las numerosas excepciones, idas y vueltas de la cuestión, hasta llegar a la ley “tapón” 25.587, que fundamentalmente consagró de alguna manera la resolución del Ministro Cavallo (863/2001), por la cual las medidas cautelares no pueden cumplirse de modo anticipado a la sentencia, ni sobre los fondos del Banco Central de la República Argentina, en cualquier lugar que se encuentren, con excepción de aquellos casos en que se prueba que existe razón suficiente que ponga en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco años o más de edad. Como el objeto de esta “ley tapón” es parar el drenaje del sistema financiero que, debido a la incompetencia, a la corrupción y a los privilegios que se le otorgan al mismo, debido a una actuación judicial que aplicó el criterio de medida cautelar “autosatisfactiva”, o sentencia anticipada, en algunos casos más allá de los límites, lo que se hizo fue que las medidas cautelares no se hicieran efectivas contra dicho sistema financiero *inaudita pars*, sino que la bilateralidad se cumpliera de modo inmediato, mediante una apelación que resolvería la Cámara Federal respectiva (competencia fijada exclusivamente por dicha ley, artículo 6o.), que derogó el artículo 195 bis (sancionado por ley 25.561, artículo 18, en reemplazo del inconstitucional dec. 1397/2001), con iguales aires de inconstitucionalidad, que fuese temporal, lo que la “ley tapón” declaró finalmente (artículo 9o.). Si se quiere tener algunas ideas más sobre esta situación puede examinarse el consabido e ilegítimo privilegio de los políticos para ser juzgados (artículos 189 y 90 CProc. Penal), requiriéndose un desafuero “en todos los casos” (véase el estudio y crítica sobre este punto en el trabajo de Garber “Los jueces delincuentes”, en libro de *Ponencias del XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1991, t. I, p. 421).

eventualmente los sociales y la legislación intermedia teñida, especialmente en materia penal, de un sistema inquisitivo retrógrado. No solamente éstos eran los problemas acuciantes que no tenían una solución inmediata. La informática y su consecuencia inevitable, la Internet, si bien dieron numerosas soluciones que nos permiten hoy tener logros insospechados, se convirtieron también en un problema grave al crear nuevos “analfabetos” en la generación existente, en la limitación de puestos de trabajos (sustituídos muchos de ellos con mejor rendimiento por las computadoras), sumado a una sobredosis de consumismo (por la propaganda y la globalización). Los gobiernos mostraron, a su vez, un desprecio al medio ambiente y una segregación de los más débiles, aspectos que era necesario detener y encauzar debidamente. En estos últimos casos los intereses económicos tuvieron primacía sobre los intereses generales.

Allí, en este difuso panorama temporal, la semilla del derecho procesal constitucional florece, con los elementos teóricos que ya portaba y se hace cargo de las situaciones poco a poco, con extensiones del amparo hacia áreas que no son propiamente amparísticas (por lo menos en su totalidad), como el *habeas data*, el proceso colectivo (especialmente para medio ambiente, consumidores y usuarios), la tendencia a la protección del patrimonio cultural, la protección de la salud, etcétera. Este esfuerzo se sumó a las protecciones mencionadas en el párrafo anterior (mujeres, minoridad, desamparados). Y en ese crisol preparado desde hace tiempo por la tarea de numerosos juristas aparece el contenido de la materia que nos ocupa.

VII. CONCEPTO

¿Cómo podemos conceptualizar en este marco al derecho procesal constitucional? De manera previa debemos volver al concepto de derecho procesal, pues en cualquier caso el derecho procesal constitucional es una parte del mismo y se debe nutrir en la definición originaria. Se trata solamente de un subsistema dentro del sistema general procesal, sin perjuicio de representar el vértice de la pirámide. Veamos algunas ideas sobre el particular.

Fix-Zamudio encuentra dos materias en la que examinamos. Una el derecho procesal constitucional y otra el derecho constitucional procesal. Al respecto dice:

El derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De manera distinta, el que se puede calificar como “derecho constitucional procesal” examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que interiormente, algunas de ellas ya figuraban en las cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia. Como las dos disciplinas que hemos mencionado tienen por objeto el examen sistemático, pero desde distintas perspectivas, de instituciones procesales que se entrecruzan de manera constante, deben considerarse como estudios de frontera y de confluencia que requieren de una constante colaboración de los cultivadores de las mismas.²³

Esta distinción, si bien no cambia la naturaleza del derecho procesal, permite observar el mismo desde dos ángulos distintos.

La concepción del derecho procesal constitucional como tal no aparece en todos los autores argentinos de manera clara. Bidart Campos siguió en este aspecto una tendencia tradicional que mantuvo hasta su última obra en la que se observa el derecho constitucional solamente como una materia uniforme de la cual se pueden desprender los aspectos procesales de la misma cuando se hace necesario explicar la supremacía y el control constitucional,²⁴ la administración de justicia,²⁵ para luego desarrollar los aspectos de control y jurisdicción constitucionales y la jurisdicción y competencia de los tribunales federales,²⁶ lo que junto con el amparo, el *habeas data* y el derecho de los tratados internacionales,²⁷ viene a confi-

²³ Fix-Zamudio, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, cit.*, nota 5, t. I, pp. 273 y 274.

²⁴ Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 33 a 372.

²⁵ *Ibidem*, pp. 389 a 412.

²⁶ *Ibidem*, pp. 413 y ss.

²⁷ *Ibidem*, pp. 371 y ss.

gurar lo que hoy describimos como derecho procesal constitucional, aunque como se observa, lo mantiene incluido dentro del marco de la Constitución como aspectos particulares del derecho constitucional. En cambio, otros autores como Mooney le dedican una atención especializada, al tratar el derecho procesal constitucional dentro del tratado de derecho procesal constitucional de manera separada y autónoma.²⁸

Sagüés, que ha sido el promotor del despliegue de esta disciplina con autonomía en Argentina (aunque de una manera particular al entender la materia dentro del derecho constitucional), lo define como un sector del derecho constitucional que abarca las instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal), entre las que se encuentran las reglas previstas por el artículo 18 de la Constitución Nacional,²⁹ definición que tampoco nos conforma porque parte del derecho sustancial.

Gozáini presenta una síntesis clara y completa del tema. Dice: el desacuerdo sobre el área donde prevalece el estudio de la disciplina tiene tres posiciones diferentes: *a)* La primera deduce que el análisis del derecho procesal constitucional compete principalmente al *derecho constitucional*, ya que de éste emerge la temática basal sobre la que versan “procesos” y “conflictos” constitucionales, e incluso que de él surgen los trámites procedimentales del caso (*vgr.*, *habeas corpus*, amparo, acción de inconstitucionalidad, etcétera). *b)* En segundo término se ubica a la disciplina como un capítulo del derecho procesal. La variación está en los contenidos que se adscriben. Por ejemplo, González Pérez sostiene que el derecho procesal constitucional se ocupa del conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos que el mismo conoce. Es una rama netamente procesal, cuya naturaleza no ofrece distintos problemas que los del derecho procesal en general. Sin embargo, a pesar de la seriedad de las reflexiones es difícil compartirlas, pues la materia procesal constitucional no puede identificarse únicamente con la presencia de un tribunal constitucional. Con sólo observar un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre. Otros, en esta misma línea, opinan que las garantías constitucionales

²⁸ Por ejemplo Mooney, “Derecho procesal constitucional”, *Tratado de derecho constitucional*, Córdoba, Argentina, 1999, t. IV.

²⁹ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, t. 3: *Acción de amparo*, Buenos Aires, 2006, p. 18.

son instrumentos procesales, y por ello forman parte del derecho adjetivo. Esta relación entre normas es importante, pero no definitiva, para establecer una determinada adscripción científica. c) La tercera es una posición ecléctica. En general, responde a una fórmula transaccional que reconoce elementos constitucionales y procesales, sin que uno avasalle, supere o aprisione al otro. Se parte del supuesto de que la ciencia no se encuentra suficientemente elaborada, de forma tal que el emplazamiento definitivo en una dimensión de plena autonomía es un riesgo que, por ahora, no se debe correr.³⁰

Sin perjuicio de lo expresado, repetimos lo ya dicho al criticar las definiciones del derecho procesal civil por su carácter enunciativo y no sintético. Así expresamos que el derecho procesal es un “conjunto de sistemas interrelacionados destinados a la solución de conflictos jurídicos en un ámbito determinado”. Así, el derecho procesal constitucional, si bien es un subsistema del derecho procesal, partiendo del mismo y considerándolo para su inicio como sistema, podemos decir que es un “*conjunto de sistemas interrelacionados destinados a la solución de conflictos jurídicos que surgen del orden constitucional de un Estado y de la protección de los derechos y garantías fundamentales*” (podría agregarse para algunos “*la organización de la magistratura constitucional*”). En esta definición mostramos tanto la relación de la organización constitucional (Constitución en sentido estricto) como la referencia a los derechos y garantías constitucionales que contienen en su parte general abonada por la incorporación a la misma de los tratados internacionales de derechos humanos y los tribunales encargados de realizar la tarea.³¹

VIII. CONTENIDO

Los problemas del derecho procesal constitucional no se agotan en su nacimiento ni en su concepto. También está en discusión su contenido,

³⁰ Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santa Fe, Argentina, 2006, pp. 22 y 23.

³¹ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, IV: *Habeas Corpus*, Buenos Aires, 1998, p. 227), a quien ha seguido Mooney (“Derecho procesal constitucional”, *Tratado de derecho constitucional*, cit., nota 28, t. IV, p. 11), se adhieren a un concepto que llaman mínimo o restringido del derecho procesal constitucional, que se circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales, que tal vez, dice el último “se podrían sintetizar en uno solo: la jurisdicción constitucional”.

es decir, cuáles son las materias que se encuentran comprendidas en su seno. Ciertamente que determinadas materias caen indisputablemente dentro del campo del derecho procesal constitucional, tales como el *habeas corpus*, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad o el amparo que aparecen claramente como institutos pertenecientes a esta materia. ¿Pero cuáles son las otras?

Una pregunta preliminar es si el contenido del derecho procesal constitucional es variable. En ese sentido habrá que ver también si como derecho en formación se encuentra en disputa con otras ramas del derecho procesal. Finalmente, de darse la disputa, habría que determinar los campos individuales y comunes de las distintas divisiones procesales.

a) *Variabilidad*. En primer lugar debemos tener en cuenta que el contenido del derecho procesal constitucional resulta variable. Ello se produce por dos razones. Primero, por tratarse de una materia en formación que tiene que fijar su ámbito específico, lo que se puede lograr luego de ir decantando a través de la doctrina y jurisprudencia el mismo. Segundo, porque en los distintos países existen sistemas constitucionales diversos, los modelos de frenos y contrapesos son dispares y aún podríamos considerar la existencia de sistemas despóticos que no obstante deben tener algún tipo de derecho constitucional.

b) *Formación*. El derecho procesal constitucional se halla naturalmente en disputa con las otras ramas del derecho procesal. Ello resulta inevitable en tanto que las materias sobre las que ahora pretende el derecho, procesal constitucional afianzar su autonomía han sido contenido de otras ramas del derecho procesal que, naturalmente, por vía de fijación de contenido, una cierta inercia y la tendencia conservadora del derecho disputan palmo a palmo cada grano de arena de la temática en la que confluyen. Aunque esto significa un gasto de energías sin ventaja alguna, ya que la dependencia de los temas en cada división del derecho procesal no modifica su valor ni su alcance, la situación se da y la experiencia muestra que los hombres de derecho tienden a tener esas conductas.

c) *Campos individuales y comunes*. Dadas las circunstancias mencionadas en el apartado precedente, cabe diferenciar algunos campos, admitiendo que en determinados contextos y situaciones algunos son individuales y otros comunes. No es muy fácil determinar este aspecto, en razón de la confusión que las mismas leyes tienen sobre la materia. Pero a manera de ejemplo podemos decir que es de pertenencia del derecho

procesal constitucional la cuestión relativa al recurso extraordinario de inconstitucionalidad federal y que es un campo común el de los intereses difusos o colectivos, ya que en este último caso no es de la esencia de los mismos que tramiten por vía de amparo como aparentemente surgiría de la Constitución argentina en el artículo 43.³² Más bien, el amparo sería una situación especial en la que se pueden encontrar en ciertos casos los intereses difusos o colectivos.

Sin perjuicio de que los principios y fundamentos del derecho procesal en general comprenden (obviamente) los del derecho procesal constitucional, la visión de los mismos desde el punto de vista de este último y su interrelación con las distintas cuestiones, amerita un estudio pormenorizado de ellos como integrantes de la materia. También se enfoca la particularidad de los procesos constitucionales que nacidos en distintos momentos y provenientes de distintas vertientes presentan, salvo normativas especiales, una diversidad sistemática en su presentación y desarrollo que impide en muchos casos abordarlos con reglas comunes. De manera que, aunque discutible en muchos aspectos, se puede optar, en el campo del contenido del derecho procesal constitucional, por incluir los siguientes temas, más allá de la forma en cómo están legislados. De estos procesos se deriva:

1) La *cuestión federal*, que puede desembocar en la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario de inconstitucionalidad federal (en razón del sistema difuso que existe en Argentina, o tribunales superiores o constitucionales según los países), al que se pueden sumar los recursos de inconstitucionalidad provinciales, en atención al régimen federal de nuestra nación, o bien recursos extraordinarios con sistemas no difusos o concretos en otros modelos.

— Como variante de la anterior y con muy diversos alcances, tenemos también la pretensión (preventiva o no) de inconstitucionalidad.

2) De manera independiente aparecen otras instituciones como

— La acción popular.

³² El artículo 43 de la Constitución argentina dispone, entre otras cuestiones "...Podrán interponer (se la pretensión de amparo)... en lo relativo a los derechos... de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...".

- La casación.
- El amparo.
- El *habeas data*.
- El *habeas corpus*, y
- Las cuestiones relativas a los procesos electorales y los partidos políticos.

3) Finalmente tenemos las cuestiones relacionadas con la magistratura, que comprende tanto la designación como el juicio político a los magistrados judiciales constitucionales y otros integrantes de los restantes poderes (aunque algunos autores opinan que este tema excede el campo del derecho procesal constitucional) y posibles tribunales constitucionales, cuyo estudio requiere, por lo menos, una consideración, sin perjuicio de nuestra posición al respecto.

d) *Campos no incluidos*. No hemos considerado, pese a las expresiones anteriores, dos campos del derecho procesal constitucional, porque los mismos resultan campos compartidos.

1) *Los derechos humanos*. El primer campo es el de los *derechos humanos*. Las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, si bien tienen raigambre constitucional y pueden pertenecer al ámbito del derecho procesal constitucional, de alguna manera superan y trascienden a los Estados para transformarse en cuestiones globales y donde deben considerarse y discutirse aspectos relativos a la jurisdicción internacional (en la que entran además los tribunales internacionales como el de Costa Rica o el Tribunal Penal Internacional, o los tribunales regionales como el de la Unión Europea, entre otros). Me parece que cubren un aspecto que deberá ser objeto de desarrollo y concreción en años venideros en otro campo interrelacionado, pero también independiente del derecho procesal constitucional, el que pertenece exclusivamente a los Estados. Ello no impide su necesaria aplicación interna, pues el respeto a estos derechos hace a la base de la concepción del hombre como tal.

2) *El proceso colectivo*. El segundo aspecto no mencionado es el de los *procesos colectivos*. Ciertamente que muchos de los aspectos del derecho procesal constitucional caerán bajo el campo de los procesos colectivos, pero éstos son sólo la vía por la cual se puede realizar el reclamo, que tal vez pueda ser común o constitucional, en cuyo caso también

podrá operar el amparo constitucional, pero en esencia no son exclusivamente constitucionales. El proceso colectivo (no obstante lo que dice la CN, artículo 43), en principio, por su complejidad y diferenciación, no es por esencia un amparo. Es un proceso de conocimiento complejo, distinto del proceso de conocimiento ordinario, cuyo desarrollo lleva tiempo, requiere un periodo preliminar fundamental para determinar la legitimación y la representación adecuada, pruebas amplias y diferenciadas, fenómenos particulares en la litispendencia, control permanente, derivando en una cosa juzgada que tiene particularidades propias, y tanto la normativa internacional, así como los proyectos sobre la materia lo presentan como un proceso altamente complejo de conocimiento. El mismo Código Constitucional de Tucumán muestra, en los artículos 78 y 79, esta dicotomía al considerar el proceso colectivo dentro del amparo. Y en estos aspectos se confunde el proceso de amparo, con las medidas cautelares y con la tutela anticipada. Es cierto que el amparo representa un medio de tutela anticipada, pero no es el único. Y es la posibilidad de esa tutela anticipada, ya sea sustancial o cautelar, la que permite que el proceso colectivo cuente con los elementos necesarios para responder a sus fines sin necesidad de ir a buscar elementos en otros procesos que lo único que hacen es confundir el tratamiento y alcance de las cuestiones. De hecho, plantear una cuestión por vía de amparo, y tramitar el juicio durante años es un sin sentido, a menos que lo que se busque, como fue en el caso del corralito, no pagar la tasa de justicia.

IX. COLOFÓN

La concreción actual del derecho procesal constitucional la advertimos claramente en estos momentos, pero ha sido objeto de un largo y espinoso camino, recorrido de manera magistral por algunos juristas preclaros en la materia como el que hoy tenemos el gusto de homenajear al cumplirse los cincuenta años de su primer trabajo “Aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional” y que coincide de manera singular con los cincuenta años del fallecimiento de Piero Calamandrei, como marcando una continuidad en el avance de la ciencia jurídica, donde los gigantes nos prestan sus hombros para poder pararnos sobre ellos y así poder ver un futuro mejor de justicia y de paz.

REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS PECULIARIDADES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *En torno al derecho procesal constitucional*. III. *Análisis en particular*. IV. *Consecuencias (a modo de conclusión): el derecho procesal constitucional como derecho constitucional*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional posee una autonomía científica que se sustenta en los límites que marca el fenómeno jurídico. Esta autonomía corre paralela a una serie de peculiaridades cuyo origen está en el propio objeto del derecho constitucional, objeto que no es otro que la Constitución, entendida como norma jurídica suprema y abierta que organiza el poder político, estableciendo mecanismos de control del mismo, y que regula los aspectos esenciales de la vida en sociedad desde unos postulados democráticos.

Así las cosas, la jurisdicción constitucional bebe de estos rasgos propios del derecho constitucional, lo que da lugar a que presente determinadas peculiaridades. La jurisdicción constitucional sería aquella actividad, obviamente jurisdiccional, que recae sobre los procesos constitucionales típicos (control de constitucionalidad de la ley, garantía extraordinaria de los derechos fundamentales y defensa de la distribución vertical y horizontal del poder). Tal actividad suele ser ejercida por órganos especializados, denominados genéricamente en castellano tribunales constitucionales. Por lo tanto, la jurisdicción constitucional hace referencia al órgano *ad-hoc* que

* Profesor de Derecho constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

monopoliza la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En ocasiones se usan como sinónimos las expresiones jurisdicción y justicia constitucional. En cambio, en otros momentos se emplean para referirse a conceptos diferentes en la medida en que justicia constitucional se entiende como la actividad de aplicación y defensa de la Constitución que realizan todos los órganos judiciales y no sólo los tribunales constitucionales.

En este trabajo pretendemos hacer un recorrido selectivo, desde un punto de vista fundamentalmente teórico, por diversas cuestiones propias del proceso constitucional con el fin de analizar determinadas especificidades del mismo. Y ello en gran parte con relación a lo que es la teoría general del proceso, o, si se prefiere, el derecho procesal general. Una vez hecho esto, nos aventuramos en el último epígrafe a extraer una serie de consecuencias que funcionen como conclusión. Se trata de corroborar, en fin, la hipótesis de partida de que el proceso constitucional forma parte del derecho constitucional, y no del derecho procesal. Un trasunto de dicha afirmación podría ser el siguiente: el derecho procesal constitucional es derecho constitucional. En esta línea se sitúan autores como Häberle, que habla de una “idiosincrasia” particular de esta disciplina jurídica, que la considera derecho constitucional concretizado¹. En cambio, otros autores, como Fix-Zamudio, García Belaunde, González Pérez o Hitters, entienden que el derecho procesal constitucional pertenece al derecho procesal en general.² Esta posición es la mayoritaria en Latinoamérica.

¹ Häberle, Peter, “Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts”, *Juristenzeitung*, 1973, pp. 451 y ss. Recogiendo esta idea César Landa alude que este derecho constitucional concretizado “implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales” (Landa, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra, 2003, p. 13). En Estados Unidos las cuestiones de la *judicial review*, preferentemente de tipo procesal, también se estudian en el derecho constitucional.

² Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (ensayo de una estructuración procesal del amparo)*, México, UNAM, 1955, p. 57; *id.*, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, t. I, p. 171; *id.*, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago de Querétaro, FUNDAp, 2002, p. 26; García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 9 y 185; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 50; Hitters, Juan Carlos, “El derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002, t. I, p. 277 (este último autor apunta en dicha página que el derecho procesal constitucional “es un apéndice —y como tal, parte integrante— del derecho procesal”).

También existe quien lo entiende como una interrelación entre elementos constitucionalistas y procesalistas.³ Incluso, se puede ver la posición de Ferrer Mac-Gregor como diferente a las anteriores dado que alude a la existencia de “parámetros objetivos para pensar en su autonomía” frente al derecho constitucional y al derecho procesal.⁴ Se ponen así de manifiesto las discrepancias doctrinales sobre el particular. Al margen de las mismas, es indubitable el relevante rol que juegan las investigaciones de Fix-Zamudio en este tema, que han orientado y estimulado multitud de trabajos posteriores, y que se han convertido en referente inexcusable para los estudiosos.⁵

Para nuestra argumentación hemos centrado la vista en los tres procesos constitucionales típicos:⁶ el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder. Ellos forman parte de la naturaleza de la jurisdicción constitucional y presentan la densidad explicativa que nos interesa en este momento. Téngase en cuenta que el control de constitucionalidad de la ley suele articularse a través de dos mecanismos, uno abstracto (acción o recurso de inconstitucionalidad) y otro concreto (de carácter incidental, que se llama en España cuestión de inconstitucional), que poseen naturaleza diferente.

Lógicamente, no es éste el lugar para una aproximación profunda a esta abigarrada cuestión, más bien prototípica para una monografía. La finalidad es incidir tan sólo en ciertos aspectos seleccionados. Las afirmaciones que hacemos tienen un corte abstracto, desvinculado de un ordenamiento

³ Sagüés, Néstor Pedro, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. I, pp. 12 y ss.; Serra, María Mercedes, *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2004, p. XV. Su postura la fundamenta en tres ópticas distintas: la legislación, la magistratura especializada y la doctrina.

⁵ Palomino y Eto nos recuerdan el carácter pionero de la labor del maestro Fix-Zamudio en el *Derecho procesal constitucional*. Hablan de Fix como “pontífice” de dicha rama (Palomino Manchego, José y Eto Cruz, Gerardo, “Estudio preliminar”, en el libro por ellos coordinado *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio*, Lima, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005, p. 24). A su vez, García Belaunde se refiere a la calidad de la obra de Fix-Zamudio, “cimera en la materia en habla castellana” (García Belunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 2, p. 14).

⁶ Sobre procesos constitucionales típicos y atípicos, y sobre procesos no constitucionales, permítasenos remitir a nuestro libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 72 y ss.

jurídico concreto, aunque algunas las ejemplificaremos en alguna norma de derecho positivo. Esto significa que esta aproximación, como toda aproximación que se mueve en el predio de una teoría general, necesitará concreciones y matizaciones a la hora de aplicar a un ordenamiento en concreto, cosa que ahora no vamos a hacer pero que el lector especializado sabrá realizar sin problemas desde su propio ordenamiento. Entendemos que ello no le hace perder virtualidad a las reflexiones que siguen, al tiempo que permite extraer conclusiones operativas en un artículo de este tipo, forzosamente de dimensiones contenidas.

II. EN TORNO AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Desde hace años se viene empleando, aunque no de manera generalizada, la expresión derecho procesal constitucional para designar el conjunto normativo procesal que regula la jurisdicción y/o justicia constitucional. Mas en concreto podría definirse como el sector del ordenamiento jurídico que regula los procesos constitucionales. Así las cosas, las cuestiones sustantivas y orgánicas estarían ubicadas fuera del derecho procesal constitucional. Se trata, por lo tanto, de una disciplina preferentemente adjetiva.

Esta terminología se ha asentado en diversos países, aunque no en otros. Sin duda, ha sido en el ámbito de América Central y del Sur donde más difusión ha tenido la expresión.⁷ En Europa su uso ha sido mucho más restringido y se ha optado por términos que engloban tanto aspectos sustantivos como adjetivos (los ya aludidos jurisdicción y justicia constitucional, también en otros idiomas: *justice constitutionnelle*, *giustizia costituzionale*). El caso alemán tal vez sea el más cercano al uso de la América hispana con la categoría del *Verfassungsprozessrecht*, que literalmente se traduciría también por derecho procesal constitucional. Sin embargo, no semeja que haya habido en este punto influencias en uno u otro sentido entre los juristas germanos y los americanos.

Las principales áreas del derecho procesal constitucional vienen conformadas por el estudio de los procesos constitucionales. Dichos procesos pueden definirse en un sentido material: un proceso constitucional es

⁷ Diversos trabajos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor son útiles para ver la extensión de esta terminología en la América hispana (por ejemplo, en su libro *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, cit., nota 4, pp. 12 y 13, 187 y 188).

una acción cuyo objeto afecta a una cuestión básica del poder público que, por ello, se encuentra de una u otra forma tratada en la Constitución. Los contenciosos constitucionales típicos, como dijimos más arriba, son el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución vertical y horizontal del poder. No obstante, al margen de ellos existen otros contenciosos o procesos que también son constitucionales ya que afectan a la delimitación del poder político y, por ende, al concepto material de Constitución (*v. gr.*, control de constitucionalidad de tratados internacionales, control de omisiones inconstitucionales, contencioso electoral o control de partidos políticos).

Esta cuestión también podría analizarse desde una perspectiva formal y establecer que las áreas del derecho procesal constitucional son las competencias que el ordenamiento jurídico le otorga a órgano(s) de justicia constitucional, pero esta remisión a lo que en cada caso establezca la legislación positiva nos puede sumir en un reduccionismo positivista que nos hace preferir la postura anterior (además, esta segunda postura podría oscurecer el tema ya que hay competencias de los órganos de justicia constitucional que no son procesos constitucionales y que hacen recordar las atribuciones propias de la justicia ordinaria).

Un concepto diferente es el de derecho constitucional procesal, que, como señala Fix-Zamudio, “examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas” del derecho constitucional,⁸ o sea, estudia las normas constitucionales de contenido procesal. Aquí la doctrina es pacífica y considera que estamos ante derecho constitucional. Sin embargo, esta cuestión no nos interesa en este momento, y no nos vamos a parar más en ella.

Una línea que abre un análisis más profundo en el acercamiento conceptual al derecho procesal constitucional es en la que entra Zagrebelsky diferenciando entre proceso y procedimiento, y las consecuencias de ello en términos de visión, respectivamente, más “subjetiva” u “objetiva”.⁹

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 2, p. 27.

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional?*, Santiago de Querétaro, FUNDAp, 2004, pp. 15-57. La práctica habitual en el proceso constitucional juega a favor del derecho objetivo sacrificando los caracteres subjetivos, lo que para este autor va “más allá de la medida consentida” (*ibidem*, p. 40), si bien está construyendo sus posiciones desde el ordenamiento y la realidad italianas.

Tampoco es éste el lugar para profundizar en tal tema, sólo de apuntar su existencia, que denota el camino que aún queda para la reconstrucción teórica de esta disciplina.

III. ANÁLISIS EN PARTICULAR

Tras las reflexiones de corte genérico anteriores, abordamos ahora algunas cuestiones de tipo preferentemente adjetivo relativas a determinadas peculiaridades del proceso constitucional. La razón de semejantes peculiaridades es el propio objeto y trascendencia de lo sustanciado. Favoreu afirma que “le procès constitutionnel présente certaines caractéristiques par rapport aux autres types de procès”.¹⁰ Rolla, a su vez, indica que “el proceso constitucional —a diferencia de otros procesos de naturaleza jurisdiccional— se caracteriza por una significativa elasticidad de las reglas procesales”. Y ello “no tanto porque falten normas significativas sobre el proceso constitucional, sino porque el juez constitucional disfruta de una notable elasticidad en materia de interpretación y de aplicación de las reglas procesales”.¹¹ Incluso la opinión de Zagrebelsky sobre el carácter “muy *sui generis*” del derecho procesal constitucional también sirve para retratar las peculiaridades a las que estamos aludiendo.¹²

1. Legitimación

La legitimación para interponer un proceso constitucional suele presentar importantes especificidades, sobre todo en lo que respecta al control abstracto de constitucionalidad. Las entidades y personas que la ostentan deben encarnar un interés general que se conecta con la propia idea de lealtad o sentimiento constitucional. De esta forma, este control abstracto da lugar a una legitimación de ciertas autoridades públicas, o sea, una serie de sujetos prefijados que, por la posición que ocupan, están llamados a velar por el citado interés general. Esta restricción de la posibilidad de incoar determinadas acciones ante el Tribunal Constitucional,

¹⁰ Favoreu, Louis *et al.*, *Droit constitutionnel*, 4a. ed., París, Dalloz, 2001, p. 224.

¹¹ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2006, p. 94.

¹² Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional?*, *cit.*, nota 9, p. 57.

u órgano equivalente, se corresponde con la lógica de los contenciosos objetivos, de inspiración kelseniana, que es común en el derecho comparado. En este sentido Brage Camazano apunta que “la acción de inconstitucionalidad tiene como característica común... una legitimación restringida”.¹³

Así las cosas, encontramos como legitimados, entre otros y según los casos, al presidente de la República, a un grupo de diputados (a veces identificados con números naturales, a veces con números quebrados), a un grupo de senadores (otra vez, números naturales o quebrados), al Parlamento, al presidente del Parlamento, al presidente del Senado, al gobierno, al presidente del gobierno, a un gobierno regional, a una Cámara regional, o a un alto órgano judicial ordinario. Esta lista, insisto, no es exhaustiva sino meramente ejemplificativa. Los supuestos más importantes políticamente hablando son aquéllos activados por los parlamentarios, casi con total seguridad de la oposición, que tratan de compensar ante la opinión pública su minoría parlamentaria con la razón jurídica que les puede otorgar el Tribunal Constitucional.

Para completar lo dicho semeja oportuno matizar que hay algunos casos (como Austria, Bélgica, Hungría, Montenegro o Serbia) que suponen una excepción a esta restricción en la legitimación en los procesos abstractos y objetivos en tanto prevén una acción popular que permite a cualquier persona denunciar directamente la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, en estos casos la acción que se incoa sigue siendo objetiva porque se entiende que el particular actúa en interés del buen funcionamiento del Estado.

En el control concreto la legitimación suele caer en todas las jurisdicciones ordinarias (por ejemplo, Alemania, España, Italia, Polonia, Rusia) o en las jurisdicciones superiores (Bulgaria o Lituania), que pueden plantear ante el Tribunal Constitucional la duda sobre la constitucionalidad de la ley que resulta aplicable al caso que están sustanciando.

En los procesos de garantía de derechos y de defensa de la distribución vertical y horizontal del poder, la legitimación sí tiene más semejanza con la ordinaria del derecho procesal. Se trata de sujetos o entes que defienden sus derechos o intereses legítimos, lo que le da un cariz subjetivo al proceso en sí. Es el caso de la persona vulnerada en uno de sus

¹³ Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, p. 165.

derechos fundamentales o de los órganos afectos por una invasión de sus competencias. No obstante, incluso también aquí, en algún caso, existe una legitimación genérica desvinculada de un interés particular: serían los supuestos de legitimación del Defensor del Pueblo o del fiscal o procurador para la defensa de los derechos, y de órganos no afectados directamente en los conflictos de atribuciones y competencias (Polonia o Rumania).

Aún podemos añadir un dato más que sigue la línea de la especial legitimación en los procesos constitucionales. En algún ordenamiento existe una legitimación genérica para todos los procesos ante el Tribunal Constitucional, que no diferencia entre las distintas competencias. Sirven de ejemplos Bulgaria (presidente de la República, un quinto de diputados, el presidente del Gobierno, el Tribunal Supremo de Casación, el Tribunal Supremo Administrativo y el fiscal general) o Bielorrusia (el presidente de la República, el Parlamento, el Senado, el Consejo de Ministros y el Tribunal Supremo). Esta es una opción muy excepcional.

2. *Plazos de interposición*

Por razones de seguridad jurídica la interposición de acciones procesales está sometida a plazos, o sea, tales acciones deben ejercitarse en un periodo temporal determinado y no estar indefinidamente abiertas. El día inicial del cómputo (*dies a quo*) suele conectarse con lo que será después el propio objeto procesal. En principio, las acciones procesales constitucionales tienen que practicarse también en un plazo o periodo. Sin embargo, la peculiar naturaleza de algunos contenciosos constitucionales da lugar a que la articulación de dicho plazo responda a una lógica e, incluso, repercuta en la propia existencia del mismo.

En efecto, con relación a la acción abstracta de inconstitucionalidad, en un elevado número de supuestos, casi la mayoría en el derecho comparado, no existe plazo de interposición. Se entiende que la defensa de la supremacía de la Constitución, que es lo que se pretende al fiscalizar la ley, es un principio de tanta relevancia que debe estar siempre abierta la posibilidad de recurrir. La interpretación de la ley puede cambiar y lo que en un momento determinado se entiende constitucional a lo mejor se interpreta de una forma muy distinta tiempo después. Esta solución, desde el punto de vista técnico, parece más acorde con los efectos habituales de

una declaración de inconstitucionalidad en la medida en que ésta suele significar que la normativa es nula (y no solamente anulable). La inexistencia de plazo es, por lo tanto, la consecuencia correcta de la sanción de nulidad con la que puede acabar este procedimiento. Si el vicio es tal que hace que la ley afectada se tenga por no existente, si impone una naturaleza declarativa a la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad porque implica sacar a la luz un defecto intrínseco y consustancial a la norma desde su origen, entonces no debe cerrarse temporalmente el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Asimismo, la ausencia de plazo también puede verse como más acorde con la naturaleza objetiva y abstracta de esta acción. La existencia de plazo tal vez origine que la disputa entre partidos que se produce al elaborarse la ley continúe en sede de la justicia constitucional, lo que se vería relativizado si el plazo no existiese al abrirse de manera indefinida el abanico temporal que permite la presentación de la acción, subrayándose, así, su objetividad. El distanciamiento temporal entre la aprobación de la ley y el momento del control de constitucionalidad desactivaría en parte la carga política de semejante control. Ausencia de plazo para esta acción abstracta lo encontramos, por ejemplo, en Alemania, Portugal, Croacia, Hungría, Polonia o Rusia.¹⁴

En el control concreto de constitucionalidad de la ley no hay plazo de interposición: hay que dejar al juez ordinario libertad para que cuando la interpretación del precepto que va a aplicar da lugar a una norma de cuya constitucionalidad duda, eleve esa duda ante el Tribunal Constitucional. La construcción técnica de este mecanismo procesal provoca que no sea procedente la existencia de un plazo contado desde la entrada en vigor de la ley analizada. La naturaleza del control concreto reclama tal apertura temporal indefinida en tanto busca ser un cauce de depuración continua del ordenamiento jurídico.

¹⁴ No obstante, creemos que la opción más correcta *de lege ferenda* es la existencia de plazo de interposición, no sólo por la ya citada seguridad jurídica sino también porque la existencia de plazo busca evitar situaciones políticas inestables. Las leyes, de lo contrario, siempre estarían sometidas a una eventual impugnación que las sumiría en una especie de provisionalidad continua. Al margen de todo ello, está claro que cuanto más se demore en el tiempo la impugnación de la ley, más efectos negativos provocará en las relaciones jurídicas suscritas al amparo de dicha ley. Una vez que transcurre el plazo establecido la posibilidad de atacar la ley por esa vía desaparece, aunque pueden existir otras, si bien con un sentido diferente (control concreto, *v. gr.*).

Para los procesos de defensa de derechos y de control de la distribución vertical y horizontal del poder sí hay plazos contruidos desde el derecho procesal general. Para el primer caso se cuentan a partir del momento en que se ha producido la vulneración del derecho; para el segundo desde la entrada en vigor o publicación de la norma recurrida.

3. *Desarrollo del procedimiento y principio inquisitivo*

La peculiar naturaleza de las funciones de la jurisdicción constitucional hace que el procedimiento, más que en el principio de justicia rogada (principio dispositivo), se base en el principio inquisitivo.¹⁵ El principio dispositivo se traduce en que las partes son los sujetos activos del proceso, asumiendo del juez un rol más pasivo. En cambio, el principio dispositivo coloca al juez en un papel diferente en el impulso procesal, si bien el inicio del proceso no le corresponde a él en los procesos constitucionales. Estas ideas se corresponden con la tendencia objetiva del proceso constitucional aludida más arriba.

Además, la presencia en el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal Constitucional de autoridades políticas, tal y como vimos al referirnos a la legitimación, origina ciertas especificidades con respecto a lo que viene siendo la tónica general del derecho procesal, aunque los trazos básicos que marca éste para la tramitación de los procesos se mantienen. No vamos a dar cuenta de los abundantes particularismos que, conforme a las tradiciones nacionales y a las regulaciones positivas, encontramos en el derecho comparado, ya que nos alejaría de la finalidad que pretendemos en esta trabajo, más próxima a la sistematización y exposición de algunas claves explicativas. Hagamos ahora, por lo tanto, otro tipo de reflexiones más amplias.

Las reglas generales de procedimiento convierten a los procesos constitucionales en esencialmente escritos y contradictorios (la contradicción puede verse como básica para mantener la naturaleza jurisdiccional del órgano). Los intervinientes en los contenciosos constitucionales hay que considerarlos partes del litigio, aunque para el derecho procesal general ello resulte discutible. Sobre esto volvemos más adelante.

¹⁵ Leibholz, Gerhard, "El Tribunal constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, p. 91.

Respecto a la prueba también tenemos destacadas peculiaridades. En efecto, en el control abstracto no tiene sentido la existencia de una fase de prueba ya que no hay un elemento fáctico sobre el cual practicar dicha prueba. Incluso, en otro tipo de procesos constitucionales tampoco tiene mucho sentido la prueba. No obstante, en ocasiones un Tribunal Constitucional sí recaba informes diversos, por ejemplo, relativos a la norma impugnada, que le puedan ayudar al análisis que efectúa de la compatibilidad lógica entre ésta y la carta magna, o solicita informes a las partes implicadas en un conflicto de atribuciones o de competencias. Pero ello es una cuestión diferente a la prueba.

En la finalización del proceso tampoco son trasladables sin más las reglas procesales genéricas. En efecto, la presencia del principio dispositivo, que permite a las partes actuar unilateralmente al desistir o renunciar, está relativizada por el interés público que transita un proceso constitucional y que lleva a que el propio órgano de control asuma de oficio su tramitación. Dicho órgano, como regla general, tendrá que esperar que actúe uno de los legitimados, pero una vez que ha actuado el Tribunal Constitucional asume la responsabilidad de llevar hasta el final el litigio. De la misma forma, las ideas de caducidad o preclusión por inactividad de las partes no semejan aplicables una vez que el proceso está en marcha (aunque sí se podría hablar de caducidad en la formalización del proceso porque ha pasado el plazo de interposición o porque no se han subsanado los defectos de admisión en el plazo establecido). No obstante, en España sí se ha admitido en alguna ocasión el desistimiento bajo ciertas condiciones, como en acciones de perfil conflictual cuando los entes enfrentados logran satisfacer sus intereses por otras vías. El Tribunal Constitucional no estará vinculado a la decisión unilateral de una de las partes. De idéntico modo, se ha admitido el allanamiento como término de un conflicto, por medio del cual una parte le da la razón a la otra, desapareciendo, así, la controversia competencial, y produciéndose, como en el caso anterior, una satisfacción extraprocesal de la pretensión.

4. Partes y principio de contradicción

Las partes del proceso constitucional difícilmente pueden asimilarse con exactitud a las partes de la teoría procesal general. Pensemos, de nuevo, en el control de la ley. En él no asistimos ante un demandante que

trata de proteger sus derechos o intereses frente a un demandado, sino a un legitimado activamente que actúa en defensa de la supremacía de la carta magna. Para la ordenación racional del pleito, tratando de responder al principio de contradicción, habrá otra “parte” que defienda la constitucionalidad de la ley. Ello más bien parece ser producto del intento de no hacer perder la fisonomía básica del proceso, en la que la contradicción es esencial para el concepto de jurisdicción.

En efecto, el carácter jurisdiccional de una actividad requiere de contradicción, esto es, de la oposición dialéctica y jurídica de dos partes que tratan de convencer con la fuerza de sus argumentos al tercero imparcial, el juez. Ello también hay que sostenerlo en el proceso constitucional. En este orden de cosas, en el control de la ley se debe dar entrada a representantes del Estado que defiendan la validez de la misma. Desde esta óptica hay que considerar que los intervinientes en los contenciosos constitucionales son partes del litigio, aunque para el derecho procesal general ello resulte discutible (desde este último, en el control abstracto tal vez no habría partes habida cuenta su carácter objetivo, y en el concreto sólo serían partes las del proceso principal donde surge la duda de constitucionalidad). La modulación que en este sentido introduce el derecho procesal constitucional da lugar a que hablemos de verdaderas partes de los contenciosos constitucionales.

La situación en los procesos de defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y de garantía del reparto territorial del poder las cosas sí son similares al derecho procesal general. En ellos hay verdaderas partes enfrentadas (ciudadano y poder público que presuntamente violó su derecho fundamental; distintos órganos que reclaman o rechazan alguna competencia).

5. El principio de congruencia

El funcionamiento del principio de congruencia en el campo de los procesos constitucionales puede tildarse de relativo. Es decir, por un lado está presente y se aplica, pero por otro se matiza hasta desaparecer. Expliquémonos teniendo como referente el control de constitucionalidad de la ley. El principio de congruencia significa, desde la teoría procesal, la necesidad de que la respuesta del juez esté en correlación con lo solicitado por las partes.

Como decimos, este principio se aplica desde cierto punto de vista, pero no desde otro. Así es, en el control de constitucionalidad de la ley el principio de congruencia funciona en tanto el Tribunal Constitucional examina sólo la ley recurrida. El Tribunal Constitucional no incoa de oficio el proceso sino que lo hacen los legitimados para ello. Éstos son lo que determinan el objeto, es decir, la ley que va a ser controlada, por lo que, desde esta perspectiva, el juez constitucional está vinculado al *thema decidendi*. Por el contrario, el principio de congruencia no funciona en este tipo de proceso porque se examina toda la ley en cuestión y no sólo los artículos recurridos. Además, ello se hace usando como parámetro cualquier precepto constitucional y no sólo los alegados por las partes.

6. Pluris petitio

Lo expuesto en el subapartado anterior se conecta con el presente dado que ambos aluden a la respuesta de un tribunal ante cierta solicitud procesal. La expresión *pluris petitio* se refiere al exceso que comete el juez que va más allá de lo solicitado por las partes.

En el proceso constitucional de control de constitucionalidad el Tribunal Constitucional no incurre en *pluris petitio* porque puede ir más allá de lo pedido por el recurrente: el Tribunal tiene capacidad para anular otros artículos de la ley recurrida diferentes a los que el demandante considera inconstitucionales. Lo mismo puede suceder en los conflictos que garantizan la distribución vertical y horizontal del poder. En cambio, en la actuación en procesos de defensa extraordinaria de los derechos fundamentales sí estará sometido de forma más tradicional al principio de congruencia y a la prohibición de exceso.

7. Efectos de las sentencias

El abigarrado campo de las sentencias constitucionales es otro argumento a favor de la consideración del derecho procesal constitucional como derecho constitucional. El contenido tipo de cada sentencia está en función, lógicamente, de la naturaleza del proceso de que se trate. Sin embargo, pueden hacerse una serie de consideraciones relativas a sus efectos que refuercen nuestra línea argumental. Estos efectos son propios de las decisiones de la jurisdicción constitucional.

Las sentencias de los tribunales constitucionales acarrearán, dada la posición en que se encuentra el órgano que las dicta, una vinculación general, lo que lleva a su imposición a los distintos poderes públicos. Semejante obligación de cumplir lo resuelto no sólo afecta, en opinión de la doctrina, corroborada por diversas jurisprudencias constitucionales, a la parte dispositiva de las sentencias, es decir, al fallo, sino que también alude a los llamados *tragende Gründe* o los elementos del razonamiento que sustentan la decisión, elementos que por su cualidad de *ratio decidendi* se pueden oponer a los *obiter dicta*. Otra cosa diferente será discernir con seguridad entre unos y otros puesto que tal distinción no se refleja en la redacción de las sentencias.¹⁶ Sirven de ejemplos el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, el artículo 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, y el artículo 62 de la Constitución francesa. El momento en que comienza tal vinculación se conecta, por lo general, con la publicación de la sentencia (normalmente el mismo día o al día siguiente).

Otro efecto característico de las sentencias constitucionales es el denominado efecto *erga omnes*. La eficacia *erga omnes* alude a los efectos frente a todos que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional y no sólo frente a las partes o a quienes han llevado a cabo la contradicción. La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del derecho procesal constitucional impone otra visión diferente, la de la eficacia *erga omnes* o efectos generales. Precisar lo que ello significa no está exento de dificultades. No se trata de la vinculación de los poderes públicos acabada de ver, ni del efecto de cosa juzgada que trataremos a continuación, que lo que persigue es que no se vuelva a tratar la cuestión litigiosa. Hace referencia a una específica consecuencia de las sentencias que eliminan un precepto por inconstitucional, de modo tal que dichas sentencias llenan el espacio que éste ocupaba.¹⁷ Como indica Jiménez Campo, “el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta así una

¹⁶ Esta postura es objeto de críticas, como la de Rubio Llorente que ve cómo la difícil definición dogmática de la figura de la vinculación de los poderes públicos ha permitido atribuir a la fundamentación de las decisiones “una mal precisada capacidad de obligar” a todos los órganos del Estado (Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

¹⁷ Caamaño Domínguez, Francisco *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 153.

fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada”.¹⁸ Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general carecerá de este efecto frente a todos, limitándose a una eficacia *inter partes*.

El efecto de cosa juzgada sí sigue, en cambio, los derroteros del derecho procesal general, aunque es posible hacer alguna precisión adicional. Como es sabido, este efecto pretende que no se vuelva, por razones de seguridad jurídica, sobre cuestiones ya resueltas por los tribunales. En un sentido formal significa que la sentencia no será objeto de impugnación y, en sentido material, impide que el mismo contenido sea objeto de otro litigio. De esta forma, se evita el riesgo de una nueva decisión sobre el mismo asunto contradictoria con la anterior. Las sentencias de los tribunales constitucionales también conllevan este efecto de cosa juzgada. Desde su vertiente formal las cosas están claras pues no existe posibilidad de recurso alguno (salvo algún caso excepcional, que resulta por ello criticable).¹⁹ Este carácter definitivo e irrecurable, que se basa en la posición que ocupa el propio órgano de justicia constitucional y en el carácter jurisdiccional de su función, es predicable tanto para las sentencias estimatorias como para las desestimatorias de la inconstitucionalidad. Esta situación es la que fundamenta la máxima que se predica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: dicho Tribunal no tiene la última palabra porque sea infalible, sino que, más bien, es infalible porque tiene la última palabra.

Desde una óptica material de la cosa juzgada hay que introducir algún matiz de importancia. Está claro que los tribunales ordinarios no podrán volver sobre un asunto decidido por el Tribunal Constitucional. Pero para el propio Tribunal Constitucional parece adecuado no cerrar cualquier posibilidad en este sentido y permitir, así, la evolución de su jurisprudencia. Esta apertura de la rigidez del efecto material de cosa juzgada no operaría con las sentencias estimatorias, en las cuales el efecto sería absoluto, sino con las sentencias desestimatorias, que no deben excluir una futura fiscalización del mismo precepto impugnado. Desde el punto de

¹⁸ Jiménez Campo, Javier, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 118.

¹⁹ Por ejemplo, Eslovaquia, Lituania, Polonia y Portugal (véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., nota 6, p. 121).

vista teórico, las sentencias que desestiman la inconstitucionalidad no deben tener el mismo alcance que las estimatorias, siendo su valor de cosa juzgada material relativo, con lo que no cierran, en principio, un nuevo análisis de la ley puesta en tela de juicio en un momento posterior, pero imposibilitan, como ya se dijo, ser recurridas. En todo caso, cabe decir que valen como precedente. Una norma que es constitucional en un determinado momento histórico puede no serlo con la evolución temporal y el cambio de perspectiva jurídico-social. Así, la jurisprudencia constitucional es capaz de estar más cerca de la realidad y no petrificarse. Con relación a esta posibilidad de un nuevo control de la ley, puede aludirse a la jurisprudencia constitucional alemana que, cuando entiende que las nuevas circunstancias pueden dar lugar a una apreciación diferente, permite volver a cuestionar la validez de la misma ley. Y ello a pesar de que el ya citado artículo 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán atribuye “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*) también a las decisiones desestimatorias. Igualmente debemos citar el artículo 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en cuya virtud la desestimación por razones de forma de un recurso (abstracto) de inconstitucionalidad no es óbice para el ulterior planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (acción concreta), lo cual hay que interpretarlo de una manera que vaya más allá de la mera literalidad para admitir un principio general de compatibilidad entre los dos procedimientos, el abstracto y el concreto, tal y como se deduce del artículo 38.2 de la misma Ley. Sólo así cobra sentido la necesaria correspondencia con la realidad de un contexto histórico determinado, que puede ser muy diferente al de otro tiempo, con el consiguiente cambio en los parámetros de adaptación o inadaptación de determinada normativa a la Constitución. En Italia esto es más evidente, y la jurisprudencia constitucional permite cuestionar (recurso concreto) nuevamente la misma ley siempre que se invoquen circunstancias nuevas o motivos diferentes (la doctrina italiana afirma que las sentencias desestimatorias carecen de la autoridad de cosa juzgada).

En sede del control de constitucionalidad de la ley, si el órgano de justicia constitucional estima dicha acción procesal, la sentencia declarará el carácter contrario a la carta magna de esa norma y, como sanción anudada a tal declaración, su nulidad, con lo que la disposición será expulsada del ordenamiento, por regla general, con efectos retroactivos, es decir, *ex tunc* (aunque hay algún ordenamiento que prevé efecto irretroactivo, pe-

ro son minoritarios). La naturaleza de esta sentencia es, por lo tanto, declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional). Éste es un rasgo que hoy en día forma parte de la típica sentencia estimatoria en el control de constitucionalidad (sin embargo, no se encontraba en el esquema de Kelsen, para el cual, como ya se ha señalado en el apartado I, los efectos debían ser *ex nunc*, o sea, irretroactivos, los propios de un órgano legislativo, aunque sea negativo, con lo que la sentencia era constitutiva dado que creaba una situación antes inexistente). El vicio de una norma que contradice la ley básica es tan grave que merece la máxima sanción jurídica: la nulidad, con la consiguiente eliminación desde su nacimiento de la propia norma y de los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones que impone la seguridad jurídica. La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que ésta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que ésta entra en vigor.

No obstante, a lo dicho no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad de la teoría general del derecho. En efecto, la nulidad como categoría general consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del derecho procesal constitucional.

8. *Sentencias atípicas*

Desde hace años la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala su tradicional configuración sino que va más allá de los límites que le habían atribuido. Así es, los tribunales constitucionales se enfrentan, en ocasiones, a supuestos que no pueden

ser disciplinados satisfactoriamente con los clásicos patrones.²⁰ No consideramos desencaminado este modo de actuar más allá del modelo teórico siempre que el Tribunal sea consciente de su posición y de sus funciones en el entramado del Estado de derecho, ante lo cual una sólida formación técnico-jurídica de sus miembros es condición *sine qua non* para lograrlo. Surgen, de esta forma, decisiones que podríamos denominar atípicas, decisiones que evidencian, una vez más, las peculiaridades del derecho procesal constitucional. Las posibilidades de actuación con que las diversas leyes fundamentales dotan a los tribunales constitucionales son tensadas, a veces de manera importante, para alcanzar estos resultados expansivos. No deja de ser una actuación un tanto peligrosa: una prolijidad excesiva en las decisiones que adopten los tribunales constitucionales genera un riesgo de inseguridad jurídica. Pero este riesgo no tiene por qué traducirse necesariamente a nivel práctico si los jueces de los órganos de justicia constitucional unen a una sólida formación jurídica el conocimiento correcto de la tarea que tienen asignada en el conjunto del sistema y de las consecuencias de sus decisiones, no simplemente jurídicas sino también políticas.

Hagamos ahora tan sólo un breve recorrido, de carácter más bien conceptual, por alguna de estas sentencias atípicas.²¹

De esta forma, tenemos, por ejemplo, y en primer lugar, las denominadas sentencias interpretativas. Este tipo de sentencias son aquéllas en las que la resolución se basa en la discriminación entre las distintas posibilidades interpretativas que ofrece la disposición legal tachada de ser contraria a la Constitución. Como es sabido, todo precepto jurídico debe ser objeto de interpretación, por lo que resulta erróneo el famoso aforismo latino *in claris non fit interpretatio*. Con esta labor se busca precisar el sentido y alcance de dicho precepto con el objeto de poder aplicarlo a la realidad fáctica. Este proceso de interpretación puede llegar a soluciones muy diferentes en función de las más variadas circunstancias. Así las cosas, es probable que alguna de estas opciones interpretativas resulte inconstitucional, por lo que, gracias a la distinción entre la disposición o enunciado legal y la norma que se deriva por interpretación del mismo,

²⁰ La doctrina ha subrayado la insuficiencia de un esquema teórico que identifica de manera simplista norma legal y enunciado de la ley y que pretende reducir la sentencia al fallo (Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, cit., nota 16, p. 515).

²¹ Para mayores precisiones, remitimos a nuestra obra ya citada *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, cit., nota 6, pp. 128 y ss.

se procede o bien a declarar contrarias a la carta magna ciertas interpretaciones o bien a señalar las que son acordes con el texto básico. Por lo tanto, a una resolución de este tipo se llega tras el análisis minucioso de las normas que se derivan de la disposición puesta en tela de juicio. Se están atribuyendo, en suma, diversos significados a un único significante. El fundamento de estas sentencias se halla en el principio de conservación de las normas. Se conjuga, así, la idea de evitar la aparición de lagunas innecesarias con el principio de supremacía constitucional. De esta forma, si de las posibles interpretaciones que se coligen de un precepto una de ellas es acorde con la carta magna, ello será suficiente para conservarlo dentro de los límites constitucionales, resultando innecesario declararlo inconstitucional. La naturaleza de estas sentencias es declarativa en la medida en que el órgano de justicia constitucional saca a la luz las interpretaciones que pueden realizarse de una disposición legal, interpretaciones que ya existen desde el momento en que nace dicha disposición, aunque todavía no estén explicitadas. Desde el punto de vista formal, el fallo de la sentencia debe limitarse a rechazar la declaración de inconstitucionalidad del enunciado legal, quedando la labor interpretativa en los fundamentos jurídicos que preceden a ese fallo. No obstante, en ocasiones, los órganos de justicia constitucional incorporan al dispositivo o *decisum* el razonamiento realizado con la técnica de la sentencia interpretativa, buscando, quizá, superar la problemática consistente en que el carácter vinculante y *erga omnes* de la decisión se encuentre limitado a dicho dispositivo, lo que podría dejar en letra muerta la discriminación interpretativa efectuada en los argumentos anteriores. Sin embargo, como acabamos de decir, ello no se aviene bien con la naturaleza de la sentencia interpretativa. Las vías para buscar la vinculación de la línea interpretativa tienen que ser otras diferentes, como el tema, ya aludido, de los *tragende Gründe* o un entendimiento de dispositivo más allá de sus límites formales. En todo caso, habrá que resolver un problema previo a éste de la vinculación de los motivos: cuál es la eficacia de una sentencia desestimatoria como es la interpretativa (el enunciado legal siempre se salva), teniendo en cuenta la idea extendida en el derecho procesal constitucional de que los efectos generales (*erga omnes*) se producen sólo en las sentencias.

En segundo lugar aludimos a las llamadas recomendaciones al legislador. Estas decisiones engloban un conjunto de sentencias que contienen formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislati-

vo en cierto sentido, por lo que suelen estar estrechamente ligadas a una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Estas exhortaciones, que aparecen como *obiter dictum*, señalan los principios que han de seguirse en la elaboración de la nueva ley y admiten varias formas de enunciarse, que van desde el simple consejo hasta fórmulas más coactivas. La peculiar posición en cada ordenamiento del órgano de justicia constitucional y la praxis establecida en la dinámica relacional con el legislador determinarán el concreto alcance de semejantes recomendaciones y su misma eficacia. Dentro de este tipo de sentencias estarían ciertas prácticas del Tribunal Constitucional germano. En este sentido, podemos citar las declaraciones de inconstitucionalidad que no llevan aparejada la nulidad (*Unvereinbarkeitserklärung*), las cuales exigen la posterior actuación del legislador para remover el estado de inconstitucionalidad; y las llamadas al legislador en aquellos casos en los que la situación jurídica aún no se convirtió en inconstitucional (*Appellentscheidung*), en las cuales se reconoce que la situación todavía es constitucional pero que puede devenir contraria a la carta magna si no interviene el legislador. En la declaración de inconstitucionalidad que no lleva aparejada la nulidad, la norma es meramente inconstitucional (*bloss verfassungswidrig*). En las llamadas al legislador la norma es aún constitucional (*noch verfassungsmässig*). Los casos que responden a esta última técnica suelen conectarse con una inconstitucionalidad sobrevenida provocada por la alteración de las circunstancias, que hace que la norma camine hacia la imperfección y, por lo tanto, sea preciso adecuarla a la nueva realidad. No siempre es fácil distinguir con nitidez ambos supuestos ya que las declaraciones de mera inconstitucionalidad en ocasiones contienen las típicas llamadas al legislador de la *Appellentscheidung*. Con estas distinciones entre casos de mera inconstitucionalidad y aún ajustados a la carta magna, el órgano de justicia constitucional federal alemán trata de controlar las consecuencias que lleva aparejado el binomio inconstitucionalidad-nulidad.

En tercer lugar aludimos a las sentencias aditivas. Dichas sentencias, que se originan en Italia (sentencias *additive* o *aggiuntive*), se construyen técnicamente con base en una decisión de estimación parcial que “no se limita a analizar el texto de la disposición o disposiciones para extraer la norma inconstitucional, distinguiéndola de las que son conformes a la Constitución, sino que llega, una vez declarada inconstitucional cierta norma po-

sitiva o negativa construida mediante la interpretación, a crear una norma, por adición o por sustitución, de significado opuesto a la declarada inválida”.²² No se busca eliminar la norma impugnada o establecer la interpretación que es conforme a la Constitución, sino que se altera el significado de esa norma a través de la declaración de ilegitimidad de aquello que no está previsto en la ley y que tenía que haberlo sido. Se incorpora, como puede verse, un nuevo elemento al enunciado legal al llevarse a cabo una extensión del contenido normativo del precepto fiscalizado, que pasa a abarcar un supuesto de hecho no contemplado inicialmente. Se introduce, así, una norma distinta a la que es sometida al control; de ahí que también se hable de sentencias *creative di norme sostitutive*.²³ Esta incorporación de un nuevo elemento no es obra de la discrecionalidad del juez que monopoliza el control de la inconstitucionalidad, sino que es impuesto por las exigencias de la ley básica.

En último lugar podemos citar las sentencias prospectivas, cuyos efectos se dirigen hacia delante en el tiempo. En ciertos casos los tribunales constitucionales ostentan (o se arrojan) facultades para modular en el tiempo sus decisiones, tratando, de esta forma, de encontrar una solución más justa que escape de rigideces que obstaculizarían la buena marcha de su proceder jurisprudencial. Su origen está en la actuación del tribunal supremo norteamericano (Sentencia *Linkletter vs. Walker*, 381 US 629) con la doctrina de la *prospectivity*.

En fin, estos diversos tipos de sentencias ponen de manifiesto los intentos de la justicia constitucional de encontrar para la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, en el control de normas, a la correlación inconstitucionalidad-nulidad. Se busca una mejor adecuación a esa realidad social a la cual la Constitución está llamada a regir, una adaptación a los nuevos contextos y condiciones con el deseo de asegurar una *living Constitution*. Se trata de una labor jurisprudencial de singular trascendencia en todos los órdenes, cuya marcha atrás ya no parece posible y cuya construcción no deja de ser un paso más en la evolución que los tribunales constitucionales han ido experimentando desde su nacimiento.

²² Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, vol. II, p. 52.

²³ Sandulli, Aldo M., *Il giudizio sulle leggi*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 51 y ss.

Las peculiaridades del derecho procesal constitucional posibilitan esta forma de actuar.

IV. CONSECUENCIAS (A MODO DE CONCLUSIÓN): EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Tras lo expuesto parece oportuno extraer ciertas consecuencias que ayuden a cerrar nuestra exposición. El derecho procesal constitucional, científicamente hablando, se integra en la materia denominada justicia o jurisdicción constitucional, materia que, a su vez, conforma un sector del derecho constitucional. De esta forma, entendemos que la naturaleza del derecho procesal constitucional lo sitúa en el derecho constitucional antes que en el derecho procesal. A pesar de que las reglas que rigen los diversos contenciosos o procesos constitucionales se asientan en el derecho procesal general, las especificidades propias de la justicia constitucional son de tal importancia que le otorgan unos presupuestos metodológicos y epistemológicos propios al derecho procesal constitucional. Estas especificidades, más intensas que las existentes en el proceso laboral o en el proceso contencioso administrativo, están, por ejemplo, como se ha visto, en la legitimación, en las partes, en los plazos de interposición, en el desarrollo del procedimiento (articulado en torno al principio inquisitivo y a una visión objetiva), en la relativización del principio de congruencia, en los efectos de las sentencias y en las propias sentencias atípicas. Los presupuestos metodológicos y epistemológicos propios impiden considerar a esta rama jurídica como un mero apéndice del derecho procesal general.

En todas estas cuestiones hay que usar una óptica interpretativa específica del derecho constitucional al margen del derecho procesal general. En efecto, no estamos exclusivamente ante una cuestión académica sino que presenta consecuencias prácticas. Al integrar el derecho procesal constitucional en el derecho constitucional lo sometemos a los rasgos específicos de la hermenéutica constitucional, lo que deberá ser tenido en cuenta por todo aplicador del derecho.²⁴

²⁴ Sobre interpretación constitucional, en castellano, puede verse, por ejemplo, a Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985; Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro

De todos modos, entiéndasenos bien. El actual estado de la ciencia jurídica favorece la interdisciplinariedad y no los análisis estancos, en bloques radicalmente separados. Ello también hay que predicarlo del derecho procesal constitucional, disciplina de primer nivel para el adecuado funcionamiento del proceso democrático, preparada para ser estudiada desde las fronteras del derecho constitucional pero igualmente abierta a otros sectores jurídicos que permitan un estudio en profundidad de la misma, tanto teórico como práctico. Téngase en cuenta, por último, que el uso de tal categoría no está generalizado en Europa (salvo en Alemania con el *Verfassungsprozessrecht*) dado que se recurre más a la expresión justicia o jurisdicción constitucional, un poco más amplia, tal y como ya hemos dicho.

LA INACTIVIDAD EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ*

SUMARIO: I. *La justicia*. II. *El tiempo*. III. *La preclusión*. IV. *La prescripción*. V. *La caducidad*. VI. *La caducidad de la instancia*. VII. *Caducidad de la instancia en el derecho procesal constitucional mexicano*. VIII. *Incongruencia del orden jurídico mexicano en materia de caducidad de la instancia*. IX. *Bibliografía*.

Contrapuestas a las realidades materiales, que son corpóreas y temporales, las ideas son inmateriales y pueden ser eternas; en opinión de Johannes B. Lotz, la idea viene a ser, en primer lugar, el aspecto de una cosa de acuerdo a sus rasgos peculiares; en segundo término, alude al contenido esencial que se manifiesta en su aspecto. A diferencia del concepto, que sigue al ser de las cosas y reproduce su esencia, la idea le precede invariablemente como el arquetipo conforme al cual son configuradas.¹

Las ideas, en el pensamiento de Emmanuel Kant son producto de la razón pura, por tanto, algo incondicionado que no es localizable en una experiencia; se trata de abstracciones mentales formuladas para el avance sistemático del pensamiento que después se pueden emplear como postulados de la razón práctica.

Constituido por el conjunto universo de sistemas relativos a los seres humanos, el sistema social es animado e impulsado por las ideas, las cuales representan su fuerza motriz; con razón Víctor Hugo, en *Los misera-*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Lotz, Johannes B., "Idea", *Diccionario de Filosofía*, dirigido por Walter Brugger, 7a. ed., trad. José María Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1972, p. 270.

bles, apunta: “Lo que conduce y arrastra al mundo no son las máquinas sino las ideas”.² Particularmente, en la justicia administrativa, observamos cómo algunas ideas cobran considerable y trascendental relevancia porque, como advertiera Ángel Ganivet, “tienen la vida larga y necesitan del concurso de muchas generaciones”.³

Algunas ideas, por su carácter transitorio y local, son intrascendentes en el tiempo y en el espacio; las añejas se denominan prejuicios, las recientes se llaman caprichos; otras, en cambio, revisten carácter perenne y universal por configurar verdaderas constantes del pensamiento humano de todos los tiempos y latitudes.

En tal contexto, la justicia y el tiempo, entre otras ideas, han sido motivos de preocupación desde los albores de la humanidad y seguramente habrán de perdurar indefinidamente, porque mientras haya alguien que tenga fe en una idea, ésta existe.

Las ideas de justicia y tiempo se entretajan en la conformación del derecho procesal administrativo en un entramado definido en buena medida por el derecho, prueba de ello es que cuando la justicia y el tiempo se intersecan —y ello ocurre con frecuencia en el derecho procesal constitucional—, se producen efectos jurídicos, es decir, consecuencias en el ámbito del derecho, en razón del tiempo, que afectan las pretensiones, las obligaciones y los derechos de los justiciables, como advierte, por ejemplo, la máxima jurídica: “justicia retardada, justicia denegada”.

I. LA JUSTICIA

Se inserta la idea de justicia en los valores fundamentales de la humanidad; Platón la consideró como suprema virtud, la más excelsa de las virtudes morales según Aristóteles; Cicerón la llamó reina y señora de todas las virtudes. “Sin la justicia la vida no sería posible, y si lo fuera, no merecería vivirse”, afirmaba Agustín, obispo de Hipona.

En la mitología griega, Temis es la diosa de la justicia y su hija Astrea lo es de la justicia humana. Hija de Urano y de Gea, Temis obliga, con los oráculos que pronuncia y las normas que emite, tanto a la divinidad como a la humanidad, con una vigencia imperante en el orden material y

² Víctor Hugo, *Los miserables*, Buenos Aires, Sopena, 1948, t. 1, p. 87.

³ Ganivet, Ángel, *Cartas finlandesas*, Buenos Aires, Espasa-Calpe Argentina, 1940, p. 20.

en el moral. Astrea emerge en la mitología de la decadencia griega, como hija de Júpiter y Temis, en calidad de diosa de la justicia humana; convive con la humanidad durante la Edad de Oro y sube al Olimpo cuando el crimen hace su aparición en la Tierra.

En la iconografía romana, la justicia humana fue representada por una joven de singular belleza, que en la mano derecha sostiene una espada con la punta hacia abajo, en la mano izquierda una balanza y una venda en los ojos, para denotar su imparcialidad.

En su Diccionario Universal de la Lengua Castellana, Nicolás María Serrano registra entre otras acepciones de la voz justicia, las de: “virtud que consiste en dar a cada uno lo que le pertenece; el atributo de Dios por el cual arregla todas las cosas en número, peso o medida; una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en arreglarse a la suprema justicia y voluntad de Dios; lo que debe hacerse según derecho o razón”.⁴

Desde luego, existen muchas más interpretaciones que se dan a esta palabra, porque ni filósofos, ni juristas, ni sociólogos, ni políticos, ni estudiosos de disciplina alguna han logrado precisar lo que la justicia es. Al decir de Kelsen, no ha habido cuestión tan debatida con tanta pasión; ninguna ha provocado el derramamiento de tanta sangre y lágrimas, ni dado origen a tan gran cantidad de reflexiones en los más insignes pensadores desde Platón a Kant, como la referente a la justicia.⁵ Luis Legaz Lacambra la entiende como un *telos*, al señalar poéticamente: “la justicia es un horizonte en el paisaje del derecho”.

Inspirados en el pensamiento aristotélico, muchos pensadores consideran a la justicia como la virtud social por excelencia; para otros es un orden social indispensable, regulador de las relaciones humanas, sin el cual la sociedad es imposible; para otros más, un individuo será justo si su comportamiento se aviene a las reglas de ese orden social presuntamente justo, habida cuenta que norma la conducta humana a satisfacción de todos los individuos —o cuando menos la mayoría— para encontrar en él la felicidad; por ello algunos interpretan el anhelo de justicia igual al anhelo de felicidad, y como el individuo no lo pueda satisfacer por sí mis-

⁴ Serrano, Nicolás María, *Diccionario Universal de la Lengua Castellana*, Madrid, Astor Hermanos, Editores, 1881, t. VII, p. 1407.

⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Albert Casamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, p. 35.

mo lo procura en la sociedad, razón por la cual considera a la justicia como la felicidad social, garantizada por un orden social.⁶

En el pensamiento presocrático destaca la escuela pitagórica, cuyo meollo se resume en la frase “el número es la esencia de todas las cosas”. Para Pitágoras la justicia consiste en “la igualdad de lo igual o en el número cuadrado, porque ella recompensa igualmente a lo igual”; por ello el filósofo de Samos denomina al número 4 —primer número cuadrado— la justicia. De la escuela pitagórica proviene, pues, la igualdad aritmética de la justicia conmutativa, como dos siglos más tarde llamara Aristóteles a la que recompensa igualmente a lo igual.

La justicia representa el problema toral de la filosofía platónica, acerca de la cual exige que cada quien haga lo que le corresponde acerca del fin último; la dificultad estriba en determinar qué es lo que corresponde a cada quien; para solucionarla, el fundador de la Academia formuló su teoría de las ideas —entidades trascendentales que existen en un mundo ideal—, la principal de ellas es la del bien absoluto, la cual a su vez presupone la de la justicia, de la que se ocupan la mayoría de los diálogos del discípulo de Sócrates. En el pensamiento platónico, el bien absoluto se identifica con la felicidad pero, al igual que la justicia, nunca se llega a descifrar en su totalidad porque, ambas ideas, en última instancia, constituyen un secreto revelado por la divinidad a unos cuantos escogidos, comprometidos a no comunicarla a los demás.⁷

Para Aristóteles la felicidad es el sumo bien, producto de la virtud del *zoon politikon*, y tiene por la más excelsa de las virtudes a la justicia. El Estado —en el pensamiento aristotélico— es una necesidad, regula la vida humana por medio de leyes cuyo contenido es la justicia, en la que detecta cuando menos dos especies: la conmutativa basada en la igualdad y la distributiva fundada en la proporcionalidad.

Entre otras muchas maneras de entender la justicia, aparece, por ejemplo, como un principio normativo; un ideal inasequible en su totalidad; un fin social al que se tiende y sirve de parámetro para determinar lo justo; una forma *a priori*, según Kant; un valor, en la interpretación fenomenológica; un modelo específico determinado en la norma jurídica, en la versión del positivismo; pero ninguna de las interpreta-

⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 5, p. 36.

⁷ Cfr. Gómez Robledo, Antonio, *Platón: los seis grandes temas de su filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 558 y 559.

ciones hasta ahora formuladas ha podido, en rigor, dilucidar con precisión lo que la justicia es.

Numerosos criterios se han utilizado para tratar de clasificarla con diversos criterios; entre tantos propuestos, recordemos los que dividen a la justicia en moral y civil; universal y particular; conmutativa y distributiva; expletiva y atributiva.

Por justicia moral se entiende la tendencia innata de dar a cada cual lo suyo o lo que le corresponde —aun cuando no se pueda explicar qué es lo uno ni lo otro—. La justicia civil se refiere al apego, espontáneo u obligado, de nuestra actuación al precepto legal.

La justicia universal se interpreta como la reunión de todas las virtudes privadas y públicas; en cambio, la justicia particular protege el derecho individual y castiga su violación o atropello.

La justicia conmutativa postula la igualdad en el arreglo de nuestros derechos u obligaciones para el debido equilibrio de unos y otras entre las partes; está referida, por tanto, a las relaciones registradas entre individuos, basadas primordialmente en la igualdad de lo que se da y lo que se recibe. La justicia distributiva hace referencia a las relaciones de los individuos con el sistema social al que pertenecen para reportar proporcionalmente las cargas y bienes comunes; y por otra parte establece la proporción de los premios y castigos atribuibles a cada individuo por su actuación plausible o vituperable.

La justicia expletiva conserva el derecho con arreglo a la ley y en fuerza a ella misma. La justicia atributiva emplea el derecho aisladamente de la ley en las acciones meramente éticas.

Existen otras muchas clasificaciones de justicia, por ejemplo la vindicativa o correctiva, entendida por la escolástica como la imposición, por parte de la autoridad, de penas y castigos por delitos cometidos. Otro concepto es el de la justicia social, surgido a fines del siglo pasado, conforme al cual la justicia debe operar como un rectificador de los efectos inadmisibles de la fría aplicación de la ley con perjuicio de las clases más desvalidas.

Al ocuparse de la justicia, los filósofos contemporáneos han puesto especial énfasis en el establecimiento de la base conforme a la cual se determina la proporcionalidad; John Rawls afirma “Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distri-

buyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”.⁸

En su libro intitulado *Justice et Raison* —Bruselas, 1963— Charles Perelman sostiene que la justicia es un principio de distribución de bienes, determinables de acuerdo a seis criterios diferentes, conforme a los cuales a cada uno: *a)* lo mismo, *b)* según sus méritos, *c)* según su obras, *d)* según sus necesidades, *e)* según su rango, *f)* según lo atribuido por la ley.

Durante milenios se han realizado múltiples intentos frustráneos, encaminados a definir para siempre la idea de justicia, lo que me hace pensar que la justicia no se puede precisar en términos de género próximo y diferencia específica, de una manera aceptable para todos los individuos de todos los tiempos. La idea de justicia que cada uno forja en su mente es, a mi modo de ver, no sólo subjetiva, sino además, condicionada por las circunstancias de su medio y de su época.

Así, en tiempos de Tarquino *El Soberbio*, en Roma, un padre de familia podía dar muerte a sus descendientes por simples desobediencias, sin dejar de ser por eso un hombre justo; hoy en día, en la llamada Ciudad Eterna, se le consideraría un monstruo de injusticia; lo cual indica la mutabilidad y subjetividad del concepto imperante de justicia: lo que ayer fue justo, hoy no lo es; lo injusto para mí no lo es para otros; la proporcionalidad de la justicia la da el linaje, a juicio de unos, el mérito, la necesidad u otros factores, según otros. Por tanto la idea de justicia es mutable.

Independientemente de su definición, se ha tratado de adornar a la justicia con ciertos atributos, así, se ha dicho, debe ser imparcial —por eso la mitología griega la representaba ciega—, pronta y expedita; hacerla esperar, dijo el moralista francés Jean de La Bruyère, en *Les caracteres*, es injusticia.⁹

Lo menos que podemos desear es que si acaso la vara de la justicia se doblare, “no sea por el peso de la dádiva sino —como dijera el Quijote— por el peso de la misericordia”.¹⁰

⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1970, p. 23.

⁹ La Bruyère, Jean de, *Los caracteres*, trad. Santiago Cunchillos, Buenos Aires, Sopena, 1948, p. 135.

¹⁰ Cervantes Saavedra, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, Edición del IV Centenario, Alfaguara, 2004, p. 869.

II. EL TIEMPO

Tarea ardua, como pocas, es la de explicar el tiempo; Agustín, obispo de Hipona, al preguntarse ¿Qué es el tiempo?, se hacía la siguiente reflexión: “Si no me lo preguntan lo sé, si lo quiero explicar no lo sé”. Muchos siglos antes, los griegos optaron por personificar esta idea, por medio de su mitología, en la que Cronos, hermano de Temis y, por tanto, hijo del dios Urano (el cielo) y de la diosa Gea (la tierra), personificaba al tiempo, al que se le asignaban como atributos la guadaña y el reloj de arena.

Cronos, desposado con Rea, devoraba a los hijos que ésta le daba, para evitar se cumpliera la profecía de su padre —a quien había castrado instigado por su madre—, consistente en que uno de sus hijos lo destronaría, razón por la cual, cuando Zeus nació, Rea lo entregó a la madre Tierra, y dio a Cronos una piedra envuelta en pañales que éste devoró, creyendo que era su hijo recién nacido.

Llegado Zeus a la edad adulta, logró que Cronos bebiera un brebaje que le hizo vomitar primero a la piedra y luego a sus hermanos, para después destronarlo y confinarlo en el Tártaro, con lo que se cumplió la profecía de Urano; mas, no obstante haber sido destronado, Cronos personifica al tiempo en la mitología griega.¹¹

De manera inexorable, la relación de los hermanos Cronos (el tiempo) y Temis (la justicia) o de la hija de ésta, Astrea (la justicia humana), produce consecuencias en el campo del derecho, pues da lugar, por ejemplo, a la prescripción, a la preclusión y a la caducidad.

III. LA PRECLUSIÓN

La voz latina *precludere*, quiere decir: cerrar, atrancar, taponar, obstruir; de ella deriva la palabra española preclusión, que en el ámbito del derecho procesal significa pérdida de un derecho por no haberlo ejercitado en el plazo señalado en la ley para tal efecto; ello es consecuencia de la estructura del proceso por etapas, concluida cualquiera de ellas ya no admite la realización de más actos procesales propios de la misma y cancela la posibilidad de replantear lo que se resolvió en ella, por haber que-

¹¹ Véase Richepin, Juan, *Nueva mitología*, Barcelona, Montaner y Simón, 1927, p. 3.

dado cerrada, o sea, preclusa, porque, como dijera Chiovenda, el proceso puede avanzar, pero no retroceder.

IV. LA PRESCRIPCIÓN

Proveniente del latín *prescriptio, prescriptionis*, la palabra prescripción significa la acción y efecto de prescribir, la cual admite diversas acepciones, una de ellas, relacionada con el tiempo, alude a la forma de adquirir un derecho o deshacerse de una obligación, merced al transcurso del tiempo previsto para ello en la ley. De esta suerte, por la prescripción lo mismo se adquieren derechos que se extinguen obligaciones; en el primer caso se le identifica como prescripción adquisitiva o usucapión, en tanto que en el segundo se le llama prescripción extintiva.

La usucapión o prescripción adquisitiva proviene del derecho romano, conforme al cual era una forma de adquirir la propiedad, mediante la prolongada posesión de un bien a título de dueño; la usucapión fue una creación de las XII Tablas, en cambio la caducidad fue producto de las Constituciones imperiales.

Se justifica la prescripción por la conveniencia social de poner término a la incertidumbre jurídica en aras de la seguridad y firmeza de los derechos; tiene como punto de partida la presunción del abandono del derecho por parte de su titular, dada su prolongada inactividad respecto del mismo; sobre este tema, Eugene Petit comenta que en el derecho romano clásico:

El interés privado de un propietario negligente debe ceder aquí a las consideraciones de orden público; importa, en efecto, que la propiedad no permanezca largo tiempo incierta: la usucapión pone un término a esta incertidumbre, y no consagra, por otra parte, el derecho del poseedor de buena fe sino después de la expiración de un término suficiente para que el propietario pueda buscar y recobrar la cosa que le ha sido arrebatada. De otra parte, siempre es útil para el mismo propietario, porque estableciendo que ha poseído con las condiciones y durante el tiempo requerido para usucapir, puede probar fácilmente su derecho de propiedad, lo cual, sin este recurso, le sería difícilísimo.¹²

¹² Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Ferrández González, México, Editora Nacional, 1966, p. 266.

Tenía aplicación la usucapión respecto de todas las cosas corporales que podían ingresar a la propiedad privada, mas no para el hombre libre, para las cosas *divini juris*, ni para las cosas públicas; tampoco podían usucapirse las cosas robadas —*res furtivae*—, ni las ocupadas por violencia. Igualmente estaba prohibida la usucapión de bienes de menores o de mujer sujeta a tutela.

Quedó condicionada la usucapión, durante el periodo clásico del derecho romano, al justo título o causa justa y a la buena fe del poseedor adquirente. Se tenía por justa causa cualquier acto jurídicamente válido que entrañara la intención del enajenante de transferir la propiedad. Se entendía por buena fe la creencia del poseedor de haber recibido la cosa de su auténtico propietario.

En la actualidad, la usucapión o prescripción adquisitiva es considerada en la doctrina como una forma de que el poseedor de una cosa adquiere la propiedad de la misma mediante su posesión continuada durante el tiempo señalado en la ley, por lo que está relacionada con los derechos reales.

La prescripción extintiva o liberatoria se hace valer en vía de excepción, en contra de una acción cuyo titular, durante cierto tiempo, no la ejerció ni tampoco hizo valer el derecho a ella referido, lo que predica la pertenencia de este tipo de prescripción al derecho civil, por tratarse de una forma de extinguir obligaciones.

V. LA CADUCIDAD

Se habla de caducidad, perención o decadencia de derechos, en sentido amplio, para hacer referencia a los casos de pérdida de un derecho por no usarlo dentro de un plazo específico; las concesiones administrativas otorgadas por el Estado para la prestación de servicios públicos o para el aprovechamiento y explotación de bienes dominiales, caducan por no iniciarse la prestación del servicio o no dar comienzo los trabajos de explotación dentro de los plazos marcados en la concesión o por incumplirse las condiciones en ella establecidas. Bernardo Gómez Corraliza define la caducidad: “como aquella figura que determina de modo automático e inexorable, la extinción de ciertos derechos, poderes o facultades, si no

se realiza un acto específico dentro del plazo fijado a tal efecto por la ley”.¹³

Se circunscribe la caducidad, en sentido restringido, al ámbito procesal para aludir a los supuestos en que se dan por acabadas las instancias, o extinguidas de derecho, en razón de su abandono, por no instarse su curso durante el tiempo que para cada una de ellas se fija en la ley procesal, lo que ocurre cuando se deja de instar en juicio en cualquier tiempo procesal, antes de que exista sentencia definitiva, en cuyo caso hablamos de *caducidad de la instancia*.

VI. LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

La caducidad de la instancia opera en diversa clase de juicios, sea cual fuere el carácter jurídico de los litigantes, incluidos menores de edad, incapacitados y administración pública, siempre que no se inste su curso, tanto en primera como en segunda instancia, con excepción de los casos en que la litis se suspende por fuerza mayor o por cualquier causa ajena a la voluntad de las partes. Como indiqué antes, no opera la caducidad después de que exista sentencia firme, pues no es aplicable a las actuaciones para su ejecución.

1. *Antecedentes de la caducidad de la instancia*

En opinión de algunos autores, como Luigi Mattiolo, los antecedentes de la caducidad de la instancia, se remontan a la *Lex Julia judiciaria*; explica quien fuera decano de la Facultad de Derecho y rector de la Universidad de Turín, en su obra *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, que en Roma, durante el periodo del orden judicial por fórmulas, los juicios se clasificaban en juicio *legítima* y juicio *quae imperium continentur*, los primeros eran únicamente los entablados entre ciudadanos romanos en Roma, todos los demás juicios eran *imperio continentia*, denominación que aludía a la idea de que su duración estaba limitada a la duración del poder del magistrado que los había ordenado, por lo que:

¹³ Gómez Corraliza, Bernardo, *La caducidad*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1990, p. 52.

Al cesar el poder del magistrado que había ordenado el juicio, decaía también el procedimiento que en aquel momento no estuviese terminado, pero la extinción de la instancia no perjudicaba el derecho; el actor podía recurrir al nuevo magistrado para obtener otra fórmula contra la misma parte y con el mismo objeto. En cambio, ningún límite se prefijaba a la duración de la *judicia legitima*, por lo que respecto de estos la instancia correspondiente se conservaba hasta que el juez hubiese pronunciado la sentencia. A este principio introdujo una importante excepción la *Ley Lulia Judiciaria*, que estableció para la duración de las instancias judiciales un término de 18 meses, a partir del día en que la instancia se había iniciado. Transcurrido ese término sin que aquélla hubiera terminado por sentencia del juez, la instancia, por regla general, se extinguía de pleno derecho, pero a diferencia de lo que acontecía en los *judicia imperio continencia* no podía ser ya reproducida luego, porque con la caducidad de la instancia se efectuaba la extinción del correspondiente derecho.¹⁴

También encontramos antecedentes de la caducidad de la instancia en el antiguo derecho español, como se comprueba con las Ordenanzas de Castilla, que en la ley 13 del título 16 de su libro tercero, fijaron en un año el plazo de la caducidad en las apelaciones, pero, curiosamente, no hicieron referencia, en este tema, a la primera instancia de los juicios.

2. *Concepto de caducidad de la instancia*

Es dable explicar la caducidad de la instancia, como la inercia procesal que la ley interpreta como abandono de la litis entablada, en el supuesto de inactividad de las partes, dada su abstención para impulsar el trámite del juicio, circunstancia que se traduce en la extinción del proceso en la instancia respectiva, sin resolver el fondo del asunto, en la instancia respectiva, entendida la instancia como cada uno de los grados jurisdiccionales previstos por la normativa procesal aplicable para tramitar y sentenciar en juicio, tanto sobre el hecho como sobre el derecho, lo que significa que el abandono de la segunda instancia no implica el abandono de la primera, sino sólo de la segunda, o sea que la caducidad de la segunda instancia no entraña la caducidad de la primera.

¹⁴ Mattiolo, Luigi, *Instituciones de derecho procesal civil italiano*, trad. E. Ovejero, Madrid, Editorial Reus, 1934, t. III, p. 764.

Giuseppe Chiovenda define: “La caducidad es un modo de extinción de la relación procesal, que se produce después de un cierto tiempo, en virtud de la inactividad de los sujetos procesales”.¹⁵ Aclara el profesor de las universidades de Roma, Nápoles y Parma, que la caducidad no extingue la acción, pero cierra la relación procesal y hace nulo el procedimiento, sin pronunciamiento del órgano jurisdiccional acerca de la demanda. “Caducada la instancia, la demanda puede reproducirse *ex novo*; los efectos procesales y sustanciales dátanse a partir de la nueva demanda”.¹⁶ Por su parte, Hugo Alsina explica:

Anteriormente se consideraba a la perención (caducidad) como una pena al litigante negligente, pero hoy se admite que cuando las partes dejan paralizado el proceso por un tiempo prolongado, es porque no tienen interés en su prosecución y que desisten tácitamente de la instancia, lo que autoriza al Estado a librar a sus propios órganos de todas las obligaciones derivadas de la existencia de una relación procesal.¹⁷

Para definir la caducidad de la instancia, el profesor español Jaime Guasp afirma: “Con el nombre de caducidad de la instancia se designa la extinción del procedimiento que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no se realizan actos procesales de parte”.¹⁸

En México, José Ovalle Favela define la caducidad de la instancia, como “la extinción del proceso a causa de la inactividad procesal de las dos partes durante un periodo de tiempo más o menos prolongado (180 días hábiles en el CPCDF; un año en el CFPC; 2 años en CPC de Sonora), es también un modo extraordinario de terminación del proceso”.¹⁹ Aclara el distinguido procesalista mexicano que “Las partes tienen la carga de impulsar el pronunciamiento de la sentencia. Las partes tienen la carga de impulsar el desarrollo del proceso, y, el incumplimiento de esta carga,

¹⁵ Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. E. Gómez Orvaneja, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, t. III, p. 310.

¹⁶ *Ibidem*, p. 311.

¹⁷ Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1961, t. III, p. 425.

¹⁸ Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, Aguilar, 1943, p. 1135.

¹⁹ Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, p. 149.

por ambas partes durante un periodo prolongado de tiempo, produce la caducidad de la instancia”.²⁰

3. *Caducidad y desistimiento de la instancia*

Podemos entender a la caducidad y al desistimiento como las dos caras de la misma moneda que es la extinción de la instancia, insisto, entendida la instancia como cada uno de los grados jurisdiccionales previstos por la normativa procesal aplicable para tramitar y sentenciar en juicio, tanto sobre el hecho como sobre el derecho; la primera es producto de una omisión, una inactividad, un no hacer de tracto sucesivo; el desistimiento de la instancia, en cambio, es una manifestación expresa de voluntad, idea que desarrollara el político y jurista italiano Giuseppe Pisanelli en la siguiente reflexión: “Si la perención es el abandono tácito de la instancia, el desistimiento es el abandono expreso”.

4. *Caducidad de la instancia y prescripción extintiva o liberatoria*

Dada la similitud aparente de la caducidad, o perención, con la prescripción negativa, llamada extintiva o liberatoria, por los efectos jurídicos de ambas derivados del transcurso del tiempo, conviene hacer hincapié en las principales diferencias doctrinarias que distinguen a dichas instituciones. Diferencias que se resumen a continuación.

- La prescripción opera en los casos en que su beneficiario la hace valer en la vía de excepción. Mientras que la caducidad tiene lugar automáticamente, de pleno derecho.
- La prescripción es renunciable, en tanto que la caducidad es irrenunciable.
- La prescripción no puede ser declarada de oficio por el juzgador, mientras que la caducidad sí.
- La prescripción es inoperable en ciertos casos, como tratándose de incapacitados; en cambio, la caducidad se produce en todos los casos.

²⁰ *Ibidem*, p. 150.

- En la prescripción el acreedor pierde su derecho, en razón de su negligencia en el ejercicio de la acción; lo que no ocurre en la caducidad de la instancia, que sólo extingue la instancia.

5. *Caducidad y caducidad de la instancia*

La caducidad, así sin adjetivos, corresponde al derecho sustantivo, en tanto que la caducidad de la instancia atañe al derecho procesal, lo cual no obsta para que no sólo tengan diferencias sino, también, similitudes; estas últimas consisten en que en ambas, el transcurso de cierto lapso de tiempo, prefijado en la ley, sin que se efectúe algún acto específico —como cualquiera que impulse el proceso—, tiene por consecuencia que ya no se pueda realizar una vez agotado el plazo en cuestión.

Consisten las principales diferencias entre caducidad y caducidad de la instancia, en que son reguladas por ordenamientos jurídicos diferentes, de derecho sustantivo en el primer caso, de derecho procesal en el segundo; en que versan sobre materias distintas: en la caducidad se afecta a la facultad o derecho sustantivo correspondiente, mientras que la caducidad de la instancia atañe al proceso al que extingue. Por último, cuando se elude la caducidad, por haberse realizado en tiempo el acto específico previsto, ya no hay posibilidad de que pueda producirse; en cambio, en la caducidad de la instancia, por lo menos, en tanto los autos no estén listos para sentencia, existe, una y otra y “n” veces más, el riesgo o posibilidad de que la instancia caduque en un plazo que inicia cada vez que se dicte una determinación judicial o se presente una promoción de cualquiera de las partes destinada a impulsar el proceso.

6. *Justificación de la caducidad de la instancia*

Se justifica la caducidad de la instancia por diversas razones, entre las cuales destacan las del interés público de concluir los litigios, a la brevedad posible, para evitar la incertidumbre jurídica; así como la de evitar el gasto con cargo al erario que representa la existencia de litigios prolongados innecesaria e indefinidamente en los órganos jurisdiccionales, por la injustificada inercia de las partes, pues como bien apunta Chiovenda:

“el Estado, después de un periodo de inactividad procesal prolongado, entiende que debe liberar a sus propios órganos de la necesidad de pronunciarse sobre las demandas y de todas las obligaciones derivadas de la existencia de una relación procesal”.²¹

7. *Consumación de la caducidad de la instancia*

En opinión de quien esto escribe, son cinco las condiciones indispensables para que se produzca la caducidad de la instancia, a saber: que éste prevista en la ley; que exista una *litis* en la que no se hayan agotado las etapas necesarias para dictar sentencia; que no haya actividad de las partes o del juzgador para impulsar el desarrollo del proceso; que transcurra el tiempo de duración de dicha inactividad, previsto en la ley; y que las partes estén en posibilidad de impulsar el desarrollo del proceso, lo que no puede ocurrir por diversas causas, por ejemplo, los casos de guerra, inundaciones, ciclones o terremotos, por ejemplo.

8. *Interrupción de la caducidad*

En el derecho positivo es frecuente que los plazos establecidos para que la caducidad de la instancia opere empiecen a correr a partir de la fecha de la última petición de las partes, o del último acuerdo del órgano jurisdiccional que tenga por consecuencia el avance o impulso del desarrollo del proceso, por lo que cualquier petición de las partes, o auto del órgano jurisdiccional que implique el referido avance o impulso, interrumpe la caducidad, por lo que el plazo respectivo empezará a contarse de nuevo, a partir de esa fecha.

Lo anterior significa que no interrumpen la caducidad de la instancia las promociones de las partes o los proveídos del órgano jurisdiccional que no impliquen impulso o avance del desarrollo del proceso, como la designación de nuevo abogado patrono o el señalamiento de domicilio para oír notificaciones, como tampoco la interrumpen los acuerdos que recaigan sobre tales promociones.

²¹ Chiovenda, Giuseppe, *op. cit.*, nota 15, p. 311.

9. *Efectos de la caducidad de la instancia*

Toda vez que la caducidad de la instancia es de orden público, no puede ser renunciable ni de convenirse entre las partes; su efecto principal consiste en extinguir el proceso, sin afectar la acción, la cual queda sujeta a su propio plazo de prescripción, por lo que se puede volver a ejercer la acción, en tanto no esté prescrita, mediante el inicio de nuevo juicio.

VII. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

La institución jurídico procesal de la caducidad de la instancia está prevista, dentro del ámbito federal del derecho procesal constitucional mexicano, únicamente en materia de amparo; además, está establecida en los juicios civiles, laborales y, desde 1996, en los mercantiles.

En efecto, la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales previene que procede el sobreseimiento:

En los amparos directos y en los indirectos que se encuentren en trámite ante los jueces de Distrito, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, si cualquiera que sea el estado del juicio, no se ha efectuado ningún acto procesal durante el término de trescientos días, incluyendo los inhábiles, ni el quejoso ha promovido en ese mismo lapso.

En los amparos en revisión, la inactividad procesal o la falta de promoción del recurrente durante el término indicado, producirá la caducidad de la instancia. En ese caso, el tribunal revisor declarará que ha quedado firme la sentencia recurrida.

En los amparos en materia de trabajo operará el sobreseimiento por inactividad procesal o la caducidad de la instancia en los términos antes señalados, cuando el quejoso o recurrente, según el caso, sea el patrón.

Celebrada la audiencia constitucional o listado el asunto para audiencia no procederá el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia.

Así pues, el precepto legal que acabo de transcribir dispone el sobreseimiento de amparos directos e indirectos del orden civil o administrativo, e incluso en los del orden laboral cuando el quejoso sea el patrón, a condición de que registren inactividad procesal durante el término de

trescientos días, es decir, que durante dicho término no haya tenido lugar en el correspondiente juicio de amparo ningún acto procesal, por cuya razón, para la aplicación del referido precepto conviene precisar el concepto de acto procesal.

Huelga señalar que el acto procesal es un acto jurídico y, por tanto un acto voluntario que genera consecuencias en el campo del derecho, conforme a lo previsto en el orden normativo aplicable. Como no todos los actos jurídicos son procesales, es obvio que el procesal es una de las especies del género acto jurídico. Para el laureado profesor español Jesús González Pérez, “Será acto jurídico-procesal aquel hecho volitivo que crea, modifica o extingue una relación jurídica procesal”.²²

Ahora bien, no todos los actos procesales son del mismo tipo, por lo cual conviene clasificarlos; con un criterio subjetivo podemos diferenciar dos tipos en razón de los sujetos que los realizan, a saber, los actos procesales efectuados por el órgano jurisdiccional y los realizados por las partes, a los primeros se les identifica como actos judiciales o jurisdiccionales, que con un criterio orgánico se explican como los realizados por órganos jurisdiccionales, y con criterio funcional se interpretan como los efectuados en ejercicio de función jurisdiccional. El maestro Eduardo Pallares define:

Acto procesal. Es todo acto voluntario verificado en el proceso por las partes, por el órgano jurisdiccional o un tercero, que tiene efectos jurídicos inmediatos en la relación procesal, sea que la modifique, la extinga, la suspenda o impulse su desarrollo. Comprende los actos judiciales que son los ejecutados por dicho órgano, aunque si se quiere sutilizar, es posible distinguir los unos de los otros.²³

Independientemente de quién los lleve a cabo, Jaime Guasp adopta un criterio temático para proponer los siguientes tipos de actos procesales: de iniciación, de desarrollo y de terminación. Dentro de los actos procesales de desarrollo podemos distinguir los de instrucción, que pueden ser de alegación o de prueba, los actos procesales de ordenación, que a su vez pueden ser de impulso, de dirección, entre los que figuran los resolu-

²² González Pérez, Jesús y Vázquez Alfaro, José Luis, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 3a. ed., México, 2005, p. 196.

²³ Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 1966, p. 51.

torios, los de comunicación y los de intimación. En tanto que, los actos de terminación son los encaminados a la terminación o conclusión del proceso.

Así pues, el sobreseimiento del amparo por inactividad procesal requiere que durante el término de trescientos días el órgano jurisdiccional que conoce del mismo y las partes que intervienen en él no hayan realizado ningún acto procesal. Incluso el precepto contenido en la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo, soslayando el concepto doctrinal de acto procesal, pone como condición para el sobreseimiento, además de la inexistencia de acto procesal durante dicho término, que ni el quejoso haya promovido durante dicho lapso, como si sus promociones no fueran, en ningún caso, actos procesales.

Mas, independientemente de que las promociones de las partes puedan ser o no actos procesales, el primer párrafo de la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo, en suma, condiciona el sobreseimiento del amparo a la inercia del juzgador y de las partes, durante el lapso de trescientos días naturales. En cambio, tratándose de los amparos en revisión, opera la caducidad de la instancia a consecuencia de la inactividad procesal o la falta de promoción del recurrente durante el término indicado, en cuyo caso, el tribunal revisor declarará que ha quedado firme la sentencia recurrida.

Como se puede observar, la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo habla de sobreseimiento por inactividad procesal y de caducidad de la instancia como si se tratara de dos cosas distintas, cuando en rigor se trata en ambos casos de caducidad de la instancia derivada de la inactividad procesal; a este respecto, el maestro Eduardo Pallares apunta:

...el sobreseimiento por inactividad de las partes no es otra cosa que la caducidad de la instancia y no la terminación del juicio de amparo, porque, según ya queda demostrado, no puede concluirse un juicio que jurídicamente ha de considerarse inexistente. La inexistencia es la consecuencia forzosa de los efectos retroactivos de la nulidad de la instancia... En estos casos, por tanto, el sobreseimiento no concluye el juicio sino que lo nulifica, lo mismo que tiene lugar en la caducidad... El sobreseimiento por inactividad de las partes es un caso típico de caducidad de la instancia con su efecto de nulificar las actuaciones producidas.²⁴

²⁴ Pallares, Eduardo, *La caducidad y el sobreseimiento en el amparo*, México, UNAM, 2005, pp. 29 y 30.

VIII. INCONGRUENCIA DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Acerca de la caducidad de la instancia, el Código Federal de Procedimientos Civiles, dispone:

Artículo 373. El proceso caduca en los siguientes casos:

(...)

IV.- Fuera de los casos previstos en los dos artículos precedentes, cuando cualquiera que sea el estado del procedimiento, no se haya efectuado ningún acto procesal ni promoción durante un término mayor de un año, así sea con el solo fin de pedir el dictado de la resolución pendiente.

El término debe contarse a partir de la fecha en que se haya realizado el último acto procesal o en que se haya hecho la última promoción.

Lo dispuesto por esta fracción es aplicable en todas las instancias, tanto en el negocio principal como en los incidentes, con excepción de los casos de revisión forzosa. Caducado el principal, caducan los incidentes. La caducidad de los incidentes sólo produce la del principal cuando hayan suspendido el procedimiento en éste.²⁵

La simple lectura de la fracción V del artículo 74 de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, y de la fracción IV del artículo 1373 del Código Federal de Procedimientos Civiles, permite advertir la incongruencia existente, en el tema de la caducidad de la instancia, entre ambos ordenamientos legales federales, pues el último de ellos prevé la caducidad de la instancia, cuando cualquiera que sea el estado del procedimiento, no se haya efectuado ningún acto procesal ni promoción durante un término determinado, así sea con el solo fin de pedir el dictado de la resolución pendiente, supuesto que en la Ley de Amparo no da lugar a la caducidad de la instancia sino al sobreseimiento del juicio.

²⁵ Erróneamente, y en discordancia con la doctrina, el artículo 373 de Código Federal de Procedimientos Civiles asimila a la caducidad de la instancia, otras causas de terminación del proceso, como son el convenio o transacción, el desistimiento y el cumplimiento voluntario de la reclamación, antes de la sentencia, al preceptuar: "El proceso caduca en los siguientes casos: I.- Por convenio o transacción de las partes, y por cualquier otra causa que haga desaparecer substancialmente la materia del litigio; II.- Por desistimiento de la prosecución del juicio, aceptado por la parte demandada. No es necesaria la aceptación cuando el desistimiento se verifica antes que se corra traslado de la demanda; III.- Por cumplimiento voluntario de la reclamación antes de la sentencia, y...

Importa enfatizar que ambos ordenamientos legales citados —Ley de Amparo y Código Federal de Procedimientos Civiles— son parte del mismo orden jurídico: el federal mexicano.

De cualquier modo, la referida disparidad de criterios del legislador federal, en lo que atañe a la caducidad de la instancia, acusa una falta de técnica legislativa, dada su evidente incongruencia normativa, habida cuenta que todo orden jurídico debe establecer una relación lógica entre sus diversos preceptos y entre éstos y los de otros ordenamientos —con excepción de los que se pretende derogar al expedir el ordenamiento en proyecto—, porque sin desconocer la autonomía de todo ordenamiento jurídico, se debe tener presente que cada uno de éstos se encuadra en un sistema normativo específico, como es el orden jurídico federal mexicano, cuya unidad, cohesión, coherencia y congruencia, debe cuidar el legislador al emitir un nuevo ordenamiento, a efecto de no generar contradicciones o confusiones que disloquen el sistema jurídico correspondiente, o generen inseguridad o incertidumbre jurídica.²⁶

La consistencia, congruencia y coherencia del orden jurídico se debe cuidar respecto de todos sus ordenamientos, independientemente de su jerarquía, a fin de evitar contradicciones normativas y soluciones distintas o contradictorias a supuestos iguales o semejantes.²⁷

La inconsistencia entre diversos cuerpos normativos de un mismo orden jurídico, además del conflicto de leyes que puede generar, produce confusión que redundará en perjuicio de la correcta interpretación de los principios y preceptos jurídicos, por lo que sería conveniente que los diversos cuerpos normativos del orden jurídico mexicano fueran, además de acordes con la doctrina y la lógica jurídica, consistentes entre sí y, por tanto, guardaran congruencia y coherencia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

GANIVET, Ángel, *Cartas Finlandesas*, Buenos Aires, Espasa-Calpe Argentina, 1940.

²⁶ Véase Maisch von Humboldt, Lucrecia, “Necesidad de una nueva técnica legislativa que regule adecuadamente el fenómeno socioeconómico de la actualidad”, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, vol. 37, núm. 37, septiembre-diciembre de 1973.

²⁷ Véase Meehan, José Héctor, *Teoría y técnica legislativa*, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 132.

- GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo, *La caducidad*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1990.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Platón: los seis grandes temas de su filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, *Derecho procesal administrativo mexicano*, 3a. ed., México, 2005.
- GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Albert Casamiglia, Barcelona, Ariel, 1982.
- LA BRUYÈRE, Jean de, *Los caracteres*, trad. Santiago Cunchillos, Buenos Aires, Sopena, 1948.
- LOTZ, Johannes, B., “Idea”, *Diccionario de Filosofía*, dirigido por Walter Brugger, trad. José María Vélez Cantarell, 7a. ed., Barcelona, Editorial Herder, 1972.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, “Necesidad de una nueva técnica legislativa que regule adecuadamente el fenómeno socioeconómico de la actualidad”, *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, vol. 37, núm. 37, septiembre-diciembre de 1973.
- MATTIROLO, Luigi, *Instituciones de derecho procesal civil italiano*, trad. E. Ovejero, Madrid, Reus, 1934.
- MEEHAN, José Héctor, *Teoría y técnica legislativa*, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1985.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 1966.
- , *La caducidad y el sobreseimiento en el amparo*, México, UNAM, 2005.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. José Ferrández González, México, Editora Nacional, 1966.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1970.

RICHEPIN, Juan, *Nueva Mitología*, Barcelona, Montaner y Simón, 1927.

SERRANO, Nicolás María, *Diccionario Universal de la Lengua Castellana*, Madrid, Astort Hermanos Editores, 1881, t. VII.

VÍCTOR HUGO, *Los miserables*, Buenos Aires, Editorial Sopena, 1948.

DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI

Luigi FERRAJOLI*

SUMARIO: I. *Le concezioni puramente formali della democrazia.* II. *Quattro aporie nella concezione puramente procedurale della democrazia.* III. *Una ridefinizione della sovranità popolare compatibile con il paradigma della democrazia costituzionale.* IV. *La rigidità della Costituzione e le garanzie costituzionali.* V. *Le garanzie costituzionali negative, primarie e secondarie.* VI. *Le garanzie costituzionali positive. Le lacune di garanzie.*

I. LE CONCEZIONI PURAMENTE FORMALI DELLA DEMOCRAZIA

Secondo la concezione largamente dominante, la democrazia consiste in un metodo di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell'insieme delle "regole del gioco" che attribuiscono al popolo, o meglio alla maggioranza dei suoi membri, il potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni. E' questa non solo l'accezione etimologica, ma anche la concezione della "democrazia" pressoché unanimemente condivisa dalla maggior parte dei teorici della democrazia: da Kelsen a Bobbio, da Schumpeter a Dahl, da Popper a Waldron.¹

* Profesor de la Universidad de Roma III.

¹ Si ricordino Kelsen, H., *Essenza e valore della democrazia* (1929), trad. it. in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981; Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1955; Bobbio, N., *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984; Sartori, G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957; Dahl, R., *La democrazia e i suoi critici* (1989), trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1990; Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Questa conce-

In base a questa concezione la fonte di legittimazione democratica dei pubblici poteri è unicamente l'*auto-nomia*, concepita in senso rousseauiano come la libertà positiva consistente nel “governarsi da sé” e “nel non far dipendere da altri che da se stessi la regolamentazione della propria condotta”:² nel fatto, in altre parole, che le decisioni siano prese, direttamente o indirettamente, dai loro stessi destinatari, o più esattamente dalla loro maggioranza, e siano perciò espressione della “volontà” e della “sovranità popolare”. Possiamo chiamare *formale* o *procedurale* questa nozione di democrazia.³ Essa identifica infatti la democrazia semplicemente sulla base delle *forme* e delle *procedure* idonee appunto a garanti-

zione formale della democrazia è anche la concezione prevalente nell’odierna filosofia giuridica. Si vedano, per esempio, le critiche rivoltemi da Pintore, A., “Diritti insaziabili”, *Teoria Politica*, n. 2, 2000, pp. 3-20, ora in Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma, Laterza, 2001, pp. 179-200. Si vedano anche i saggi di Pedro Salazar Ugarte, di Pablo de Lora e di Andrea Greppi e, pur se in termini problematici, di Alfonso Ruiz Miguel in Carbonell, M. e Salazar, P. (edd.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. A tutte queste (e ad altre) critiche ho risposto nel volumetto *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, in particolare nel capitolo VI.

² Bobbio, N., “Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri (1954)”, ora in *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1999, p. 230, ove l’autonomia è definita altresì come il “potere di dar norme a se stessi e di non ubbidire ad altre norme che a quelle date a se stessi” (ivi, p. 228). E’ la nozione rousseauiana di libertà come “l’obéissance à la loi qu’on s’est prescrite” (Rousseau, J. J., *Du contrat social* (1762), Paris, Garnier-Flammarion, 1966, liv. I, ch. 8, p. 56), ripresa da Kant: “Meglio è definire la mia *libertà* esterna (cioè giuridica) come la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle cui io ho potuto dare il mio assenso” (“Per la pace perpetua” [1795], sez. II, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965, p. 292, nota); “la *libertà* legale [è] la facoltà di non obbedire ad altra legge, che non sia quella a cui essi [i cittadini] han dato il loro consenso” (*Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], ivi, 46, p. 500).

³ A scanso di equivoci, è bene precisare che “formale” è qui usato con riferimento alla “forma” degli atti normativi, in opposizione alla loro “sostanza” o “contenuto” o “significato prescrittivo”, e perciò alla dimensione formale della validità, e conseguentemente della democrazia, legata appunto alla loro *conformità* alle norme formali o procedurali sulla produzione delle norme: in un senso, perciò, del tutto diverso da quello in cui il medesimo termine è da me usato come predicato meta-teorico dei concetti teorici, cioè per designarne i connotati strutturali, indipendenti dai contenuti normativi da essi denotati nei concreti ordinamenti. Analogamente, il termine “sostanziale”, associato a “validità” o a “democrazia”, ne designa la “sostanza” o il “contenuto” o il “significato prescrittivo”, quale proviene dalla loro *coerenza* con le norme a loro volta “sostanziali” sulla produzione degli atti normativi; fermo restando il carattere comunque formale delle definizioni anche di questi concetti, al pari di quello di tutti gli altri concetti della teoria.

re che le decisioni prodotte siano espressione, diretta o indiretta, della volontà popolare. La identifica, in altre parole, in base al *chi* (il popolo o i suoi rappresentanti) e al *come* (la regola della maggioranza) delle decisioni, indipendentemente dai loro contenuti, cioè dal *che cosa* viene deciso, anche se tali contenuti sono illiberali, antisociali e perfino antidemocratici.

Tenterò qui di confutare questa concezione semplificata della democrazia. Dico subito che è indubitabile che la dimensione formale della democrazia quale potere fondato sulla volontà popolare ne esprime un connotato assolutamente necessario: una *condicio sine qua non*, in assenza della quale di “democrazia” non si può comunque parlare. Ma è questa la sola condizione necessaria? La definizione di un termine deve d’altro canto indicare le condizioni non solo necessarie ma anche sufficienti in presenza delle quali esso è predicabile di un dato argomento. E’ sufficiente una connotazione puramente formale della democrazia a identificare tutte le condizioni in presenza delle quali un sistema politico è qualificabile come “democratico” e, più specificamente, come una “democrazia costituzionale”? Io penso che non lo sia. Elencherò quattro ragioni, corrispondenti ad altrettante aporie, che richiedono che tale connotazione sia integrata da limiti e vincoli *sostanziali* o di *contenuto* quali sono tipicamente i diritti fondamentali.

II. QUATTRO APORIE NELLA CONCEZIONE PURAMENTE PROCEDURALE DELLA DEMOCRAZIA

La prima ragione consiste nella mancanza di portata empirica e conseguentemente di capacità esplicativa di una definizione di democrazia che ne identifichi i soli connotati formali, cioè le condizioni in presenza delle quali le decisioni politiche sono espressione, diretta o indiretta, della volontà popolare. Una simile definizione non è infatti in grado di dar conto delle odierne democrazie costituzionali che risulterebbero, alla sua stregua, non-democrazie. Limitandosi a richiedere che i pubblici poteri siano esercitati dal popolo come che sia, e configurando quindi la democrazia come potere popolare assoluto, essa ignora o peggio rinnega il paradigma dello stato di diritto, che non ammette l’esistenza di poteri non sog-

getti alla legge,⁴ e tanto più dello stato costituzionale di diritto, entro il quale non è affatto vero che il potere del popolo sia illimitato. La novità introdotta dal costituzionalismo nella struttura delle democrazie è infatti che in base ad esso anche il supremo potere legislativo è giuridicamente disciplinato e limitato, con riguardo non solo alle forme, predisposte a garanzia dell'affermazione della volontà della maggioranza, ma anche alla sostanza del suo esercizio, vincolato al rispetto di quelle specifiche norme costituzionali che sono il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali. Dovremo concludere, alla stregua della definizione formale di democrazia unicamente come "potere del popolo", che questi sistemi non sono democratici? che i diritti fondamentali sanciti in costituzioni rigide, essendo un limite eteronomo alla dimensione politica della democrazia, sono perciò un limite alla democrazia *tout court*, al punto da rischiare di divenirne, in quanto tendenzialmente "insaziabili", una negazione?⁵ O non dobbiamo affermare, al contrario, che proprio in assenza di tali limiti, se pure possiamo parlare di "democrazia" in senso puramente politico o formale, non possiamo certo parlarne a proposito di quella sua forma complessa e oggi generalizzata in tutti i paesi avanzati che è la "democrazia costituzionale"?

La seconda ragione consiste nella scarsa consistenza teorica di un concetto di democrazia solamente formale che intenda essere conseguente a se medesima. Un qualche limite sostanziale, infatti, è necessario alla sopravvivenza di qualunque democrazia. In assenza di tali limiti, relativi ai contenuti delle decisioni legittime, una democrazia *non può* —o, quanto

⁴ Un sistema "democratico" ove la sovranità popolare non fosse soggetta alla legge corrisponderebbe pienamente alla nozione di stato assoluto definita da Hobbes: "il sovrano di uno stato, sia egli un'assemblea o un uomo, non è soggetto alle leggi civili. Infatti, avendo il potere di fare e di abrogare le leggi, se vuole può liberarsi dalla soggezione abrogando le leggi che lo disturbano e facendone di nuove" (*Leviatano* [1651], trad. it., Milano, Bompiani, 2001, parte II, cap. XXVI, 6, p. 433); e più oltre: "Una quarta opinione incompatibile con la natura dello Stato è questa, *che chi detiene il potere sovrano è soggetto alle leggi civili...* Un sovrano non è soggetto a quelle leggi che egli stesso, cioè lo stato fa, perché essere soggetto alle leggi è essere soggetto allo stato, cioè al suo rappresentante sovrano, che è appunto lui. La sua non è una soggezione, ma una libertà dalle leggi. Quell'errore, ponendo le leggi al di sopra del sovrano, pone sopra di lui anche un giudice e un potere che può punirlo e questo significa fare un nuovo sovrano e poi, per lo stesso motivo, un terzo che punisca il secondo e così di continuo all'infinito, con la conseguente confusione e dissoluzione dello stato" (ivi, 9, p. 529).

⁵ E' la tesi di Pintore, A., *Diritti insaziabili*, cit., nota 1, pp. 179-200.

meno, *può non— sopravvivere*. E' sempre possibile, in via di principio, che con metodi democratici si sopprimano, a maggioranza, gli stessi metodi democratici: non solo i diritti di libertà e i diritti sociali, ma anche gli stessi diritti politici, il pluralismo politico, la divisione dei poteri, la rappresentanza, in breve l'intero sistema di regole nel quale consiste la democrazia politica. Non parlo, ovviamente, di ipotesi di scuola: alludo alle terribili esperienze totalitarie del fascismo del nazismo del secolo scorso, i quali si impadronirono del potere in forme democratiche e poi lo consegnarono "democraticamente" a un capo che sopresse la democrazia. Di solito questa obiezione viene aggirata con la tesi che i limiti alla democrazia assicurati da taluni diritti fondamentali sono "condizioni", o "pre-condizioni", o "presupposti" o "limiti" della democrazia.⁶ Ma una condizione, ove sia ritenuta necessaria, equivale a un requisito essenziale, ed è quindi necessariamente inclusa, quale condizione *sine qua non*, nella definizione del termine da definire.

La terza ragione consiste nel nesso indissolubile, ignorato dalle concezioni puramente formali della democrazia, tra la sovranità popolare, la democrazia politica e tutti quei diritti fondamentali che ho chiamato "sostanziali"⁷ e che operano come limiti o vincoli alla volontà altrimenti assoluta delle maggioranze. Innanzitutto i diritti di libertà. La volontà popolare si esprime infatti autenticamente solo se può esprimersi liberamente. E può esprimersi liberamente solo attraverso l'esercizio, oltre che del diritto di voto, delle libertà fondamentali da parte di tutti e di ciascu-

⁶ Si veda, per esempio, Bobbio, N., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, p. 6, il quale, "anche per una definizione minima di democrazia, com'è quella che accolgo" richiede, in aggiunta al suffragio universale e al principio di maggioranza, una "terza condizione": la possibilità di scelta tra "alternative reali" per la cui realizzazione "occorre che ai chiamati a decidere siano garantiti i cosiddetti diritti di libertà, di opinione, di espressione della propria opinione, di riunione, di associazione, ecc... Le norme costituzionali che attribuiscono questi diritti non sono propriamente regole del gioco: sono regole preliminari che permettono lo svolgimento del gioco". Nello stesso senso, si veda Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori*, cit., nota 1, cap. II, 6, pp. 38-41; *id.*, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía*, 16, abril 2002, pp. 21-38, ove viene criticato l'uso da me fatto della parola "democrazia" per designare i connotati sostanziali impressi dai diritti fondamentali alla "democrazia costituzionale". Una critica diversa —all'uso del predicato "sostanziale" associato a "democrazia" per designare quei medesimi connotati— mi era stata rivolta da Bovero, M., "La filosofia politica di Ferrajoli", in Gianformaggio, L. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 399-406. Si veda la mia risposta, *ivi*, pp. 505-508.

⁷ In *Diritti fondamentali*, cit., nota 1, I, 4, p. 199 e III, 2, p. 284.

no: della libertà di pensiero, di stampa, di informazione, di riunione e di associazione. Per questo non c'è sovranità popolare senza diritti di libertà individuali. Giacché non solo la democrazia politica e la stessa sovranità popolare sono minacciate —anche per le generazioni future, come dirò più oltre— dall'onnipotenza della maggioranza, ma l'una e l'altra si realizzano e si alimentano solo attraverso l'esercizio costante dei diritti di libertà. D'altro canto, i diritti di libertà, a loro volta, in tanto sono effettivi in quanto siano sorretti dalla garanzia dei diritti sociali a prestazioni positive: del diritto alla sussistenza e alla salute e, ancor più ovviamente, del diritto all'istruzione e all'informazione. Senza la soddisfazione di questi diritti e degli obblighi pubblici ad essi corrispondenti, non solo i diritti politici ma anche i diritti di libertà sono destinati a rimanere sulla carta: perché non c'è partecipazione alla vita pubblica senza garanzia dei minimi vitali, cioè dei diritti alla sopravvivenza, né c'è formazione di volontà consapevoli senza istruzione e informazione.

La quarta ragione dell'insufficienza di una nozione di democrazia puramente formale è legata a un'aporia di carattere filosofico-politico. Questa concezione formale o procedurale si accredita, come si è detto, sulla base della connotazione della democrazia come "auto-nomia", o "auto-governo o "auto-determinazione" popolare, ossia come libertà positiva del popolo di non essere soggetto ad altre decisioni, e quindi ad altri limiti o vincoli, che non siano quelli deliberati da se medesimo. Ma il popolo è un soggetto collettivo, che non può che deliberare a maggioranza e per di più, nella democrazia rappresentativa, sulla sola elezione dei suoi rappresentanti. L'equazione tra auto-nomia e metodo decisionale fondato sui principi di maggioranza e rappresentanza ha dunque alle spalle una concezione comunitaria, organicistica ed olistica della rappresentanza e della democrazia basata sull'idea - smaccatamente ideologica, populista e, in ultima analisi fascista - che il popolo sia un "corpo politico",⁸ una sorta di organismo, un macro-soggetto, dotato di una propria

⁸ Si ricordino i celebri passi di Rousseau: "Istantaneamente, al posto della persona particolare di ciascun contraente, quest'atto di associazione produce un corpo morale e collettivo, composto da tanti membri quanti voti ha l'assemblea, il quale riceve da questo stesso atto la sua unità, il suo *io* comune, la sua vita e la sua volontà. Questa persona pubblica, che si forma così dall'unione di tutte le altre, prendeva un tempo il nome di *città* e prevede ora quello di *repubblica* o di *corpo politico*... Riguardo agli associati, essi prendono collettivamente il nome di *popolo*" (*Du contrat social, cit.*, nota 2, liv. I, ch. VI, p.

volontà omogenea e che i principi della rappresentanza e della maggioranza, anziché semplici convenzioni più d'ogni altra idonee a determinare i soggetti maggiormente “rappresentativi”, siano realmente le forme tramite cui si esprime la volontà generale e unitaria del popolo quale soggetto a sua volta unitario ed organico.⁹ Laddove, se abbandoniamo queste insidiose metafore, dobbiamo riconoscere, come scrisse Hans Kelsen in polemica con Carl Schmitt, che una siffatta volontà unitaria non esiste, e la sua assunzione ideologica serve solo a legittimare il potere assoluto della maggioranza, e magari del suo capo, e ad occultare la pluralità degli interessi e delle opinioni e il conflitto di classe da cui il cosiddetto “popolo” è attraversato.¹⁰

III. UNA RIDEFINIZIONE DELLA SOVRANITÀ POPOLARE COMPATIBILE CON IL PARADIGMA DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Il riconoscimento di queste aporie, e perciò dell'inadeguatezza di una definizione solamente formale del concetto di democrazia, impone a mio parere un ripensamento radicale del rapporto tra popolo e democrazia, sulla base di una ridefinizione della nozione di “sovranià popolare” compatibile con l'odierno paradigma costituzionale della democrazia.

Ne consegue innanzitutto che qualunque concezione della sovranità come *potestas legibus soluta* è in contraddizione non solo con l'idea di “democrazia costituzionale”, ma con l'idea stessa di democrazia, rivelatasi storicamente e logicamente incompatibile con l'esistenza di poteri sovrani o assoluti, pur se detenuti dalla maggioranza del popolo ovvero

52); “Con il patto sociale noi abbiamo dato l'esistenza e la vita al corpo politico; si tratta ora di dargli il movimento e la volontà con la legislazione” (ivi, liv. II, ch. VI, p. 73).

⁹ “Ma che cos'è questo popolo?”, si chiede Kelsen: “una pluralità di individui senza dubbio. E sembra che la democrazia presupponga, fundamentalmente, che questa pluralità di individui costituisca un'unità, tanto più che, qua, il popolo come unità è —o dovrebbe teoricamente essere— non tanto oggetto quanto soggetto del potere. Ma di dove possa risultare questa unità che appare col nome di popolo, resta problematico finché si considerano soltanto i fatti sensibili. Diviso da contrasti nazionali, religiosi ed economici, il popolo appare, agli occhi del sociologo, piuttosto come una molteplicità di gruppi distinti che come una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione” (*Essenza e valore della democrazia*, cit., nota 1, cap. II, pp. 50 e 51).

¹⁰ Kelsen, H., *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), 10, trad. it. in *id.*, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 275 e 276.

dei suoi rappresentanti.¹¹ Proprio per sanare questa contraddizione, del resto, il costituzionalismo si è affermato, a garanzia della democrazia, nel secolo scorso, dopo le esperienze dei fascismi che in forme politicamente democratiche avevano prima conquistato il potere e poi distrutto la democrazia. Di qui il nesso strutturale tra democrazia e costituzionalismo. Perché un sistema politico sia democratico, si richiede che alla maggioranza sia costituzionalmente sottratto il potere di sopprimere o di limitare la possibilità per le minoranze di diventare maggioranza, tramite limiti e vincoli che stabiliscano quella che ho più volte chiamato la “sfera del non decidibile (che o che non)” —quella che Ernesto Garzón Valdés ha chiamato il “*coto vetado*”—¹² sottratta alla potestà di qualunque maggioranza. Ma è chiaro che questi limiti e vincoli, imposti ai poteri di maggioranza tramite la stipulazione costituzionale dei diritti fondamentali e delle relative garanzie, sono norme non già formali, bensì sostanziali, che hanno a che fare con i contenuti delle decisioni, delle quali condizionano la validità sostanziale e non semplicemente formale, e che dunque contraddicono la tesi secondo cui la democrazia consisterebbe unicamente in un metodo, cioè nelle regole procedurali che assicurano la rappresentatività popolare tramite il suffragio universale e il principio di maggioranza: nelle sole regole del gioco, in altre parole, e non anche nei contenuti costituzionalmente vincolanti del gioco democratico.

Ci sono tuttavia due significati che possono essere associati alla nozione di “sovranità popolare”, in accordo l’uno con la nozione generale di democrazia, l’altro con quella più specifica di democrazia costituzionale.

¹¹ Scrive Constant, B., “Principes de politique”, *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), trad. it., *Principi di politica*, cap. I, p. 54: “Quando si stabilisce che la sovranità del popolo è illimitata”, aggiunge Constant, “si crea e si getta a caso nella società umana un grado di potere troppo grande e che è un male quali che siano le mani cui lo si affida. Affidatelo a un solo, a molti, a tutti e lo troverete un male. Ve la prenderete allora con i depositari di tale potere e di volta in volta, secondo le circostanze, accuserete la monarchia, l’aristocrazia, la democrazia, i governi misti, il sistema rappresentativo. Avrete torto; bisogna accusare non già i depositari della forza, ma il grado di essa. Non contro il braccio bisogna infierire, ma contro l’arma. Ci sono pesi troppo grandi per la mano degli uomini”; ivi, p. 60: “La sovranità del popolo non è illimitata; essa è circoscritta entro i confini che ad essa tracciano la giustizia e i diritti degli individui. La volontà di tutto un popolo non può rendere giusto ciò che è ingiusto”.

¹² Garzón Valdés, E., “Representación y democracia” (1989), *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 645.

Il primo significato di “sovranità popolare” compatibile con la “democrazia” è quello letterale, riferito al popolo intero, quale è espresso per esempio dall’ art. 1 della Costituzione italiana: “la sovranità appartiene al popolo”.¹³ In questo significato letterale, il principio della “sovranità popolare” è niente più che un principio di legittimazione in negativo della democrazia politica. Vuol dire, semplicemente, che “la sovranità appartiene al popolo” e *soltanto* al popolo. Fu del resto lo stesso Rousseau ad affermare che “la sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione che non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta: o è essa stessa, ovvero è un’altra; non c’è via di mezzo”.¹⁴ Ciò vuol dire che il principio della sovranità popolare equivale a una *garanzia negativa*, cioè al divieto per chiunque di usurparla: significa che la sovranità, appartenendo al popolo intero, non appartiene a nessun altro e nessuno —monarca o parlamento, presidente eletto dal popolo o assemblea rappresentativa— può appropriarsene.¹⁵ In questo senso, il principio della sovranità popolare o nazionale, con paradosso apparente, anziché porsi in contrasto con il principio dello stato di diritto secondo cui poteri sovrani o *legibus soluti* non esistono in capo a nessun uomo o gruppo di uomini distinto dal popolo intero, ne rappresenta la prima garanzia.

¹³ “La souveraineté réside dans le peuple”, affermò l’art. 25 della Dichiarazione dei diritti premessa alla costituzione del 1793; e l’articolo 7 aggiunse: “Le peuple souverain est l’universalité des citoyens français”. “La soberanía nacional reside en el pueblo español”, stabilisce a sua volta l’articolo 1 della Costituzione spagnola. Affermazioni analoghe si trovano in quasi tutte le principali costituzioni odierne: nell’articolo 1 della costituzione giapponese del 1946; nell’articolo 20 cpv della costituzione tedesca del 1949; nell’articolo 3 della Costituzione francese del 1958; nell’articolo 1 della Costituzione greca del 1975; negli artt. 1 e 3 della Costituzione cinese del 1975; negli artt. 1, 2 e 3 1^o comma della costituzione portoghese del 1976.

¹⁴ Rousseau, J. J., *Du contrat social, cit.*, nota 2, liv. III, ch. XV, p. 134.

¹⁵ Constant, B., *La sovranità del popolo e i suoi limiti*, dai *Principes de politique* (1818), con successive aggiunte e varianti, in *Antologia degli scritti di Benjamin Constant*, a cura di A. Zanfarino, Bologna, Il Mulino, 1962, p. 59, nota 1: “L’assioma della sovranità del popolo è stato considerato un principio di libertà: è invece un principio di garanzia. E’ destinato a impedire a un individuo di impadronirsi dell’autorità che invece appartiene a tutta la società; ma non decide niente sulla natura e sui limiti di questa autorità”. Si ricordi anche l’articolo 3 della Costituzione francese del 1958, che dopo aver stabilito nel primo comma che “la sovranità nazionale appartiene al popolo” afferma nel secondo comma che “nessuna frazione di popolo né alcun individuo può attribuirsi l’esercizio”.

Il secondo significato che può essere associato all'espressione "sovranità popolare", in accordo con il paradigma della democrazia costituzionale, è quello riferito al suo nesso con i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Ho già detto che tutti i diritti fondamentali formano la sostanza della "sovranità popolare" e della "volontà popolare", la quale non può manifestarsi autenticamente se non può esprimersi liberamente, e non può esprimersi liberamente senza essere presidiata dalle garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali. La formula "la sovranità appartiene al popolo" vuole quindi dire, in questo secondo senso, che essa appartiene all'insieme dei suoi cittadini, cioè di tutte le persone di cui il popolo si compone: appartiene, in breve, a tutti e a ciascun cittadino. Ma questo significa, in concreto, che essa altro non è che la somma di quei poteri e contro-poteri di tutti - i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali - che la Costituzione stabilisce come diritti fondamentali: i quali dunque non sono soltanto dei limiti alla democrazia politica, ma ne sono altresì la sostanza democratica, in quanto si riferiscono al popolo in un senso ben più concreto e pregnante della stessa rappresentanza politica, cioè a tutti e a ciascuno dei suoi membri in carne ed ossa. Tali diritti equivalgono insomma, in capo a ciascuna persona, ad altrettanti frammenti della sovranità del popolo intero. Per questo ogni loro violazione non è solo una lesione delle persone che ne sono titolari, ma è una violazione della stessa sovranità popolare. Ricordiamo il famoso art. 34 della Dichiarazione premessa alla Costituzione del 24 giugno 1793: "Vi è oppressione contro il corpo sociale quando uno solo dei suoi membri è oppresso. Vi è oppressione contro ogni membro quando il corpo sociale è oppresso".¹⁶

IV. LA RIGIDITÀ DELLA COSTITUZIONE E LE GARANZIE COSTITUZIONALI

Se tutto questo è vero le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali sono anche garanzie della democrazia. Ho più volte articolato la nozio-

¹⁶ E' il principio espresso dal famoso articolo 34 della Dichiarazione premessa alla Costituzione del 24.6.1793: "Vi è oppressione contro il corpo sociale quando uno solo dei suoi membri è oppresso. Vi è oppressione contro ogni membro quando il corpo sociale è oppresso". Si ricordi anche il nesso tra "garanzia sociale" dei diritti consistente nell'"azione di tutti" in loro difesa e "sovranità nazionale" istituito dall'articolo 23 della *Déclarations des droits* premessa alla Costituzione francese del 24.6.1793.

ne di democrazia costituzionale, ancorandola alle quattro classi di diritti nelle quali ho distinto la categoria dei diritti fondamentali: la *democrazia politica*, assicurata dalla garanzia dei *diritti politici*; la *democrazia civile*, assicurata dalla garanzia dei *diritti civili*; la *democrazia liberale* (o liberal-democrazia) assicurata dalla garanzia dei *diritti di libertà*; la *democrazia sociale* (o social-democrazia), assicurata dalla garanzia dei *diritti sociali*.¹⁷

Ne è risultata una nozione quadridimensionale della democrazia quale modello normativo articolato in quattro dimensioni: le prime due “formali”, perché relative alla forma democratica (al “chi” e al “come”) delle decisioni, quale è assicurata dai diritti-potere di autonomia politica e civile; le altre due “sostanziali” perché relative alla sostanza delle decisioni (al “che cosa” non è permesso decidere o non è permesso non decidere), quale è assicurata dai diritti sostanziali di libertà e sociali.¹⁸ In questo senso il garantismo, quale è declinabile nelle sue quattro dimensioni —*politica, civile, liberale e sociale*, a seconda della classe dei diritti garantiti— è l’altra faccia del costituzionalismo e forma il presupposto giuridico della democrazia.

In che cosa consistono le “garanzie costituzionali”? Con questa espressione si allude di solito alla “rigidità” della Costituzione, cioè alla non modificabilità dei principi, dei diritti e degli istituti da essa previsti, se non con procedure di revisione aggravate, e al controllo giurisdizionale di incostituzionalità sulle leggi ordinarie con essi in contrasto. Si tratta in realtà di una nozione complessa, che qui scomporrò in più nozioni distinte: da un lato la rigidità, che è un connotato delle norme costituzionali; dall’altro l’insieme complesso e articolato delle sue garanzie, che richiedono a loro volta di essere distinte e analizzate.

La *rigidità costituzionale* è non già, propriamente, una garanzia, bensì un connotato strutturale della costituzione legato alla sua collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che una costituzione non rigida non è in realtà una

¹⁷ Si veda *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Roma-Bari, VII ed., 2002, 57, pp. 895-909; *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., nota 1, III, 6, pp. 318-331.

¹⁸ Rinvio al mio *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit., nota 1, III, 6, pp. 318-320 e 2, pp. 282-288.

costituzione ma una legge ordinaria.¹⁹ Si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell'ordinamento, cioè con la normatività delle prime rispetto alle seconde. Riferita alle norme costituzionali che stabiliscono quelle aspettative universali che sono i diritti fondamentali, essa conferisce quindi a questi una duplice normatività: quali aspettative negative della loro non deroga o violazione e, insieme, quali aspettative positive della loro attuazione.²⁰

Si capisce, dopo quanto si è detto, come la questione della rigidità costituzionale - o meglio del grado di rigidità che è giustificato associare a una costituzione, e più precisamente ai diversi tipi di norme costituzionali - è assolutamente centrale nella teoria della democrazia, identificandosi con quella del rapporto tra democrazia politica e diritti fondamentali. Su di essa si contrappongono, da sempre, due tesi, l'una garantista, l'altra per così dire "politico-democratica", sostenute entrambe con il diverso senso e valore associati al potere e all'atto costituente: la prima, sostenuta da Benjamin Constant, dell'immodificabilità di almeno alcuni principi da esso stabiliti come fondamentali,²¹ non esistendo nessun potere costituito superiore al potere costituente, esauritosi perciò con il suo esercizio; la seconda, risalente a Sieyès, della permanente modificabilità di qualunque principio costituzionale ad opera di un potere costituente, concepito come costantemente in atto quale espressione permanente della sovranità popolare e della democrazia politica.²²

¹⁹ Sul carattere strutturale, o se si vuole "naturale" della rigidità delle costituzioni in quanto tali, cfr. Pace, A., "La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte", *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 4085 ss., e *id.*, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, CEDAM, 1996.

²⁰ Sulla nozione di "diritto soggettivo" quale aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni), rinvio al mio *Diritti fondamentali*, *cit.*, nota 1, I, p. 5.

²¹ E' la tesi, sostenuta da Constant, B., "Réflexions sur les constitutions" (1814), in *id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, Genève-Paris, Slatkine, 1982, pp. 265 e ss., secondo cui non sono modificabili per via legislativa le norme sulla forma di governo e quelle sui diritti costituzionalmente stabiliti.

²² La tesi risale a Sieyès: "Una nazione non può né alienare né interdirti il diritto di volere; e, quale che sia la sua volontà, non può perdere il diritto di cambiarla quando il suo interesse lo esige" (*Che cosa è il terzo stato?* (1788), trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1992, cap. V, p. 59). Il principio è inoltre enunciato nell'art.1 del titolo VII della Costituzione francese del 1791: "L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution" (e a tal fine prevede, negli artt. 2-8, una

L'argomento principale portato a sostegno di questa seconda tesi è che un'eccessiva rigidità delle costituzioni varrebbe a limitare i poteri costituenti delle generazioni future e più in generale i principi della democrazia politica: a "legarne le mani", come è stato detto efficacemente. E' l'argomento del primato della volontà popolare, espresso dall'articolo 28 della Costituzione francese del 1793, secondo cui "ogni popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cambiare la sua costituzione" e "una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future".

Ebbene, questo argomento, se prendiamo il costituzionalismo sul serio, deve essere, a mio parere, rovesciato. Ho già parlato della valenza sostanzialmente democratica dei diritti fondamentali e del loro nesso con la sovranità popolare quali poteri e contropoteri conferiti, oltre tutto nel momento costituente caratterizzato dal velo di ignoranza in ordine a contingenti interessi di parte, a tutti e a ciascuno, e quindi al popolo intero. Il principio del costante diritto di tutte le generazioni di decidere del loro futuro può essere su questa base, con paradosso apparente, portato a sostegno della tesi esattamente opposta a quella dell'esistenza di un permanente e radicale potere costituente quale espressione della sovranità popolare: a sostegno, precisamente, della tesi che proprio la rigidità della costituzione è al tempo stesso espressione e garanzia della sovranità popolare delle generazioni future e degli stessi poteri delle future maggioranze. Proprio in base ad esso, infatti, deve essere preclusa la revisione quanto meno dei principi costituzionali supremi, posti a salvaguardia permanente della sovranità popolare e dei poteri di maggioranza: come per esempio il metodo democratico, i diritti politici e il suffragio universale, gli stessi diritti di libertà e forse gli stessi diritti sociali, che dei diritti politici formano il presupposto elementare. La rigidità, in altre parole, lega le mani delle generazioni volta a volta presenti per impedire che siano da esse amputate le mani delle generazioni future. Ne consegue che un popolo può anche decidere, "democraticamente" e contingentemente,

procedura speciale di revisione), e poi nell'articolo 28 della Costituzione francese del 24 giugno 1793: "Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures". La stessa tesi fu espressa da Paine, T., *Rights of Man* (1791-1792), trad. it., *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1978, p. 122: "ogni generazione è e deve essere in grado di affrontare tutte le decisioni richieste dalle circostanze del suo tempo".

di ignorare o di distruggere la propria costituzione e di affidarsi definitivamente a un governo autoritario. Ma non può farlo in forma costituzionale, invocando a favore di se medesimo il rispetto dei diritti delle generazioni future o l'onnipotenza della maggioranza, senza con ciò sopprimere, con il metodo democratico, i medesimi diritti e il medesimo potere in capo alle maggioranze e alle generazioni rispetto ad esso future.

Chiarito il senso della rigidità delle costituzioni, è facile anche chiarire la natura delle sue garanzie costituzionali. Assumo qui *garanzie* nel significato da me più volte convenuto:²³ per designare i divieti o gli obblighi corrispondenti alle aspettative positive o negative normativamente stabilite. Parlerò pertanto di *garanzie negative* per designare i divieti corrispondenti a quelle aspettative negative (o di non lesione) che sono i diritti di libertà, e di *garanzie positive* per designare gli obblighi corrispondenti a quelle aspettative positive (o di prestazione) che sono i diritti sociali. Parlerò inoltre di *garanzie primarie* per designare la somma delle garanzie positive e di quelle negative, e di *garanzie secondarie* per designare le garanzie di giustiziabilità, le quali intervengono in caso di violazione dei diritti, cioè delle aspettative normative che ne formano il contenuto, e delle loro garanzie primarie.

V. LE GARANZIE COSTITUZIONALI NEGATIVE, PRIMARIE E SECONDARIE

La tesi che qui sosterrò è che la rigidità delle norme costituzionali impone al legislatore ordinario due classi di *garanzie costituzionali*, tra loro connesse come le facce della stessa medaglia e corrispondenti alla duplice natura, di aspettative negative e di aspettative positive, che come si è detto rivestono i diritti fondamentali da esse stabiliti: da un lato le *garanzie negative* consistenti nel divieto di derogare, dall'altro le *garanzie positive* consistenti nell'obbligo di attuare quanto con esse disposto.

Le *garanzie costituzionali negative*, cioè consistenti in divieti, sono quelle dell'inderogabilità della Costituzione da parte del legislatore ordinario, al quale precludono la produzione di norme con essa in contrasto. Esse sono due: a) le norme sulla revisione costituzionale, che precludono qualunque revisione o che prevedono, per le modifiche delle norme costituzionali, procedimenti più gravosi di quelli previsti per le leggi ordinarie;

²³ Sulla distinzione tra “garanzie primarie” e “garanzie secondarie”, rinvio a *Diritti fondamentali, cit.*, nota 1, 2, p. 11 e a “Garanzie”, *Parole-chiave*, n. 19, 1999, pp. 15-32.

b) le norme sul controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti precettivi in contrasto, per commissione o per omissione, per ragioni di forma o di sostanza, con le norme costituzionali. Queste due classi di norme non si identificano affatto con la rigidità, che come ho detto è un connotato strutturale della costituzione generato dalla sua collocazione al vertice della gerarchia delle fonti, bensì con le sue garanzie negative. Precisamente, le norme sulla revisione ne sono la garanzia negativa primaria, consistente nel divieto della produzione di norme di legge che violino o deroghino a norme costituzionali, sia esso incondizionato o condizionato all'adozione di un procedimento legislativo aggravato. Le norme sul controllo giurisdizionale di costituzionalità ne sono invece la *garanzia negativa secondaria*, consistente nell'annullamento o nella disapplicazione delle norme di legge in contrasto con le norme costituzionali e perciò in violazione della loro garanzia negativa primaria.

Le *garanzie costituzionali negative primarie* rappresentate dalle norme sulla revisione possono essere più o meno vincolanti, a seconda del grado di rigidità da esse garantita: una rigidità assoluta ove la revisione sia da esse radicalmente esclusa; una rigidità relativa, ove esse predispongano forme più o meno aggravate di revisione. Nel primo caso abbiamo *limiti assoluti*, formulati in talune costituzioni - come la Costituzione francese del 3 settembre 1791, l'art. 79 3^a comma della Costituzione tedesca del 1949 e l'articolo 288 della Costituzione portoghese del 1976 - in termini relativamente precisi e tassativi.²⁴ Nel secondo caso abbiamo *limiti relativi*, che consentiranno di parlare di un grado più o meno elevato di rigidità relativa, a seconda del grado di aggravamento del procedimento di revisione previsto rispetto alle procedure legislative ordinarie. Ma oltre ai *limiti espliciti* alla revisione dettati dalla stessa costituzione, esistono anche *limiti impliciti*, oggi ampiamente riconosciuti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, come quelli relativi al metodo democratico e ai diritti fondamentali. Per esempio l'articolo 2 della Costituzio-

²⁴ Il titolo I della Costituzione francese del 3 settembre 1791 stabiliva: "Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution". L'articolo 79, III comma della Legge fondamentale tedesca del 1949 stabilisce: "Non è ammissibile una modifica della presente Legge fondamentale che tocchi l'articolazione del *Bund in Länder*, o la partecipazione, in via di massima, dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati negli artt. da 1 a 20". L'articolo 288 della costituzione portoghese elenca ben quattordici materie messe al riparo dal potere di revisione.

ne italiana dichiara "inviolabili" i "diritti dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"; e una sentenza costituzionale, la n. 1146 del 1988, ha stabilito la sottrazione al potere di revisione dei "principi supremi dell'ordinamento", da essa non espressamente elencati ma certo identificabili, sul piano teorico, con quelli impliciti nella nozione stessa di costituzione democratica e di rigidità costituzionale.

Questa differenziazione delle garanzie costituzionali negative primarie si è sempre realizzata (o non realizzata) in assenza di un qualsiasi disegno teorico. Una scienza della costituzione, a mio parere, dovrebbe invece teorizzare e proporre gradi diversi di rigidità delle diverse norme costituzionali, giustificati dalla loro diversa rilevanza democratica: per esempio, la rigidità assoluta delle norme che stabiliscono il principio di uguaglianza, la dignità della persona e i diritti fondamentali, dei quali andrebbe previsto il possibile rafforzamento ma non la possibile riduzione, nonché i principi della rappresentanza politica e della separazione dei poteri; forme più o meno aggravate di rigidità relativa per le norme sull'organizzazione e il funzionamento dei pubblici poteri; forme lievi di rigidità relativa, infine, per le norme meno importanti.

Anche le *garanzie costituzionali negative secondarie*, consistenti nel controllo giurisdizionale di costituzionalità, possono d'altro canto essere più o meno incisive. Storicamente, come è ben noto, si sono sviluppati due tipi di controllo giudiziario sulla legittimità delle leggi: *a)* il controllo diffuso, affermatosi negli Stati Uniti e in altri ordinamenti americani e consistente nella disapplicazione nel caso deciso, ma non nell'annullamento, della norma incostituzionale, che resta quindi in vigore pur dopo il riconoscimento della sua illegittimità, salvo il valore di fatto vincolante del precedente, tanto più autorevole se prodotto dalle Corti supreme; *b)* il controllo accentrato, affermatosi in Italia e in molti altri paesi europei nel secondo dopoguerra, sul modello kelseniano adottato dalla costituzione austriaca del 1920, e consistente nell'annullamento delle norme di legge incostituzionali riservato a una Corte Costituzionale, investita della relativa questione da un giudice nel corso di un giudizio, ove sia da questi ritenuta rilevante e non manifestamente infondata.

Dei due modelli, quello più efficace è senza dubbio il secondo: "una Costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali", scrisse Kelsen, "non è, in senso tecnico, completamente obbli-

gatoria".²⁵ Ma anche il secondo modello, quello del controllo accentrato di costituzionalità sperimentato in Europa, presenta limiti molteplici: sotto il profilo oggettivo dato che riguarda, per esempio nel diritto italiano, non già qualunque atto normativo in contrasto con la costituzione ma solo le fonti primarie, cioè le leggi ordinarie e tutti gli atti ad esse equiparati; e sotto il profilo soggettivo, dato che legittimati a sollevare la questione di incostituzionalità sono di solito, come di nuovo in Italia, non già i soggetti lesi dalle norme sospettate di illegittimità bensì, incidentalmente, i giudici ove la ritengano fondata e rilevante nei casi sottoposti al loro giudizio.

Sotto il primo aspetto il controllo ben potrebbe essere allargato ad atti non legislativi: come per esempio la partecipazione alla guerra, il cui solenne ripudio, enunciato dall'articolo 11 della Costituzione italiana non è assistito da nessuna garanzia giurisdizionale. Ben più difficile e problematico è invece l'estensione del controllo di costituzionalità alle lacune, cioè alle violazioni della costituzione, di cui parlerò nel paragrafo che segue, non per commissione (come sono le antinomie generate da norme invalide), ma per omissione: un controllo previsto dalla Costituzione portoghese e da quella brasiliana, che tuttavia incontra un limite insuperabile nella natura di giudizio di annullamento e caducazione dell'atto invalido accertato che è propria della giurisdizione di legittimità.²⁶

Sotto il secondo aspetto, occorrerebbe estendere ad altri soggetti, oltre ai giudici *a quo*, la legittimazione a sollevare la questione di incostituzionalità. Penso all'istituto del *juicio de amparo*, presente in molti ordinamenti latino-americani ed attivabile da qualunque individuo contro ogni provvedimento lesivo di un diritto costituzionalmente stabilito. Ma pen-

²⁵ Kelsen, H., "La garanzia giurisdizionale della costituzione", § 22, in *La giustizia costituzionale*, cit., nota 10, p. 199: "Sebbene in generale non se ne abbia coscienza", prosegue Kelsen, "una costituzione in cui gli atti costituzionali, e in particolare le leggi, restano validi —in quanto alla loro costituzionalità non consegue l'annullamento— equivale presso a poco, dal punto di vista giuridico, ad un voto privo di forza obbligatoria. Qualunque legge, regolamento o anche atto giuridico generale posto in essere dai singoli hanno una forza giuridica superiore a quella di una tale costituzione, cui sono tuttavia subordinati e dalla quale traggono validità".

²⁶ L'articolo 283 della Costituzione portoghese del 2.4.1976 e l'articolo 103 della Costituzione brasiliana del 1988, dedicati all'"incostituzionalità per omissione" si limitano a prevedere la segnalazione della lacuna da parte del Tribunale Costituzionale all'organo legislativo e, nel caso della costituzione brasiliana, l'invito a colmarla "entro trenta giorni".

so, soprattutto, alla proposta avanzata da Hans Kelsen, dell'istituzione, presso la Corte costituzionale, di un procuratore generale, da lui chiamato "difensore della costituzione", con il compito di eccepire l'illegittimità di qualunque atto del Parlamento da lui ritenuto incostituzionale.²⁷

VI. LE GARANZIE COSTITUZIONALI POSITIVE. LE LACUNE DI GARANZIE

Ancor più importanti delle garanzie costituzionali negative sono le garanzie costituzionali positive, stranamente trascurate, o peggio ignorate dalla dottrina, pur essendo indispensabili, in particolare, all'effettività dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Esse consistono nell'obbligo, cui è vincolato il legislatore in corrispondenza con tali diritti, di varare una legislazione di attuazione: in breve, all'obbligo di introdurre le garanzie primarie e secondarie correlative ai diritti fondamentali stipulati.

Vengo così alla questione centrale del garantismo - quella del rapporto tra diritti fondamentali e garanzie - sulla quale si è sviluppata, in recenti dibattiti, una ormai annosa polemica. Mi riferisco alle critiche ripetutamente rivolte da Riccardo Guastini, da Danilo Zolo e da Pablo de Lora alla mia tesi secondo cui, in assenza di garanzie, cioè degli obblighi o dei divieti corrispondenti ai diritti costituzionalmente stabiliti, non si avrebbe, come io sostengo, una lacuna, bensì l'inesistenza dei diritti stabiliti. Si avrebbe insomma, a dispetto della loro stipulazione costituzionale, l'inesistenza non solo delle garanzie, ma dei diritti medesimi.²⁸

²⁷ "Un istituto del tutto nuovo ma che meriterebbe la più seria considerazione sarebbe quello di un difensore della costituzione presso il tribunale costituzionale che, a somiglianza del pubblico ministero nel processo penale, dovrebbe introdurre d'ufficio il procedimento del controllo di costituzionalità per gli atti che ritenesse irregolari. Il titolare di una simile funzione dovrebbe avere evidentemente le più ampie possibili garanzie d'indipendenza sia nei confronti del governo che del parlamento. Per ciò che concerne i ricorsi contro le leggi, sarebbe di estrema importanza attribuire il diritto di proporli anche ad una minoranza qualificata del parlamento" (Kelsen, H., *op. cit.*, nota 10, § 19, p. 196).

²⁸ E' la tesi sostenuta da Guastini, R., *Tre problemi di definizione*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, *cit.*, nota 1, pp. 43-48, e da Zolo, D., *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali*, *ivi*, pp. 49-55. Si veda la mia replica *ivi*, pp. 156-171. Una tesi analoga è sostenuta da Lora, P. de, "Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo", in Carbonell, M. e Salazar, P. (edd.), *Garantismo*, *cit.*, nota 1, 3, pp. 255-259.

Non riproporrò i termini dell'intera questione. Mi limito a rilevare che alla base di queste critiche c'è la confusione tra diritti e garanzie, avvalorata dall'autorità di Kelsen. Secondo Kelsen, come sappiamo, il diritto soggettivo sarebbe infatti solo il "riflesso di un dovere giuridico",²⁹ ossia di quello che ho sopra chiamato "garanzia primaria". Di più: avere un diritto, aggiunge Kelsen, equivale ad avere "la possibilità giuridica di ottenere l'applicazione della norma giuridica appropriata che provvede la sanzione".³⁰ ad attivare, in altre parole, quella che qui ho chiamato "garanzia secondaria". Kelsen —forse perché i suoi riferimenti, come dimostrano tutti gli esempi da lui proposti, sono solo ai diritti patrimoniali che in effetti sono sempre prodotti da atti negoziali insieme ai doveri corrispondenti— opera dunque ben due identificazioni: tra i diritti e le correlative garanzie primarie e tra i diritti e le correlative garanzie secondarie.

Questo singolare appiattimento dei diritti sulle garanzie è il prezzo pagato da Kelsen alla sua concezione imperativistica del diritto, basata sulla centralità della sanzione. Si tratta tuttavia di un prezzo troppo alto, che contraddice le premesse normativistiche e giuspositivistiche della sua stessa teoria. Ne deriva infatti che diritti formalmente posti o prodotti da validi atti normativi ma privi di garanzie sarebbero, semplicemente, diritti inesistenti; che inesistenti —semplici *flatus vocis*— sarebbero al-

²⁹ Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto* (1960) trad. it., Torino, Einaudi, 1966, 29, a, p. 150: "Se si definisce come 'diritto' il rapporto fra un individuo (nei cui riguardi un altro individuo è obbligato ad un certo comportamento) con quest'ultimo individuo, il diritto in questione è soltanto un riflesso di questo dovere"; *id.*, *Teoria generale del diritto* (1945), trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte I, VI, A, p. 76: "non vi è dunque nessun diritto per qualcuno senza un dovere giuridico per qualcun altro. Il contenuto di un diritto è in definitiva l'adempimento del dovere di qualche altro"; *ivi*, C, a, p. 77: il diritto "non è altro che il correlativo di un dovere".

³⁰ Kelsen, H., *Teoria, cit.*, nota 29, C, d, 82-83. "In questo senso", prosegue Kelsen, "questa norma costituisce la «sua» legge. Soltanto se l'applicazione della norma giuridica, la esecuzione della sanzione, dipende dall'espressione della volontà di un individuo diretta a questo scopo, soltanto se la legge è a servizio di un individuo, questa può venir considerata la «sua» legge, la sua legge soggettiva, e ciò significa un «diritto soggettivo»". Ancora: "il diritto soggettivo, pertanto, deve consistere non già nell'interesse presunto, ma nella protezione giuridica... Il diritto soggettivo non è, in breve, che il diritto oggettivo" (*ivi*, C, c, p. 81); "l'essenza del diritto soggettivo, che è più del semplice riflesso di un dovere giuridico, consiste nel fatto che una norma giuridica attribuisce ad un individuo il potere giuridico di far valere l'inadempimento di un dovere giuridico mediante un'azione giudiziaria" (*La dottrina pura, cit.*, nota 29, 29, d, p. 159).

trèsì le norme che li esprimono; che interi cataloghi di diritti —gran parte dei diritti sociali e quasi tutti i diritti umani stabiliti da convenzioni internazionali— sarebbero non-diritti, non-norme, solo perché privi di garanzie, sia primarie che secondarie.

E' una tesi che contraddice ben due postulati del normativismo, al tempo stesso metateorici e teorici. Contraddice in primo luogo il postulato del positivismo giuridico, in quanto misconosce la positività delle norme giuridiche, le quali in sistema nomodinamico esistono se poste o prodotte, e non se corrispondono a un arbitrario principio teorico (l'avvenuta produzione, in corrispondenza dei diritti costituzionalmente stabiliti, dei correlativi doveri), quasi che la teoria possa svolgere funzioni legislative. Contraddice, in secondo luogo, il postulato del costituzionalismo, in quanto misconosce il grado sopraordinato ad ogni altra fonte delle norme costituzionali e dei diritti in esse stabiliti, la cui esistenza non può essere subordinata alla produzione (obbligatoria) delle loro leggi di attuazione, dato che una simile tesi equivarrebbe, come ha scritto giustamente Michelangelo Bovero, a decretare il potere del legislatore di vanificare, o di abrogare o comunque di derogare alla costituzione e così ad occultarne la violazione.³¹

Al contrario, è la struttura nomodinamica del diritto positivo che impone la distinzione tra i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti e le loro garanzie legislative. Poiché in un sistema nomodinamico, come proprio Kelsen ci ha insegnato, l'esistenza delle norme è legata a un fatto empirico, cioè all'atto della sua produzione, è ben possibile che, dato un diritto fondamentale espresso da una norma costituzionale, non esista —pur se dovrebbe esistere— l'obbligo o il divieto corrispondente a causa dell'(indebita) inesistenza della norma che dovrebbe prevederli; così come è ben possibile che, data la facoltà di un comportamento, per esempio un diritto di libertà, esista —pur se non dovrebbe esistere— il divieto del medesimo comportamento a causa dell'(indebita) esistenza della norma che lo prevede. E' ben possibile, in breve, che in ordinamenti complessi, articolati su più livelli normativi, si producano *lacune* e *antinomie*. Questa possibilità è un corollario del costituzionalismo rigido, il cui tratto caratteristico è quindi lo spazio virtuale che esso apre all'esistenza del *diritto illegittimo*, a causa della possibile inottemperanza da parte del legislatore dell'obbligo di attuare le norme costituzionali.

³¹ Bovero, M., "Derechos, deberes, garantías", in Carbonell, M. e Salazar, P., *Garantismo*, cit., nota 1, pp. 237 e 238.

E' precisamente quest'obbligo —l'obbligo di una legislazione di attuazione, consistente nell'introduzione delle garanzie primarie e secondarie mancanti— che integra la *garanzia costituzionale positiva* dei diritti costituzionalmente stabiliti. Non è quindi vero che la mancanza di garanzie legislative primarie e secondarie equivale alla mancanza di qualunque obbligo in capo al legislatore: sicché, come scrive Guastini, dovremmo o abbandonare la definizione di "diritto soggettivo" come aspettativa cui corrisponde un dovere, oppure negare l'esistenza del diritto pur costituzionalmente stabilito.³² Un obbligo, come ha ben rilevato Michelangelo Bovero,³³ esiste, ed è precisamente quello di introdurre le garanzie corrispondenti al diritto stipulato. E' in quest'obbligo di una legislazione di attuazione che possiamo identificare la garanzia costituzionale positiva primaria dei diritti costituzionalmente stabiliti. Si tratta di una *garanzia debole* sotto un duplice aspetto: in primo luogo per la difficoltà di assicurarne l'effettività tramite una garanzia costituzionale positiva secondaria quale sarebbe il controllo giurisdizionale di costituzionalità sulle lacune; in secondo luogo perché essa è, per così dire, una meta-garanzia, consistente nell'obbligo di introdurre legislativamente le *garanzie forti* costituite dalle garanzie *primarie* e *secondarie* corrispondenti al diritto costituzionalmente stabilito.

Tutti i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, del resto, richiedono una legislazione di attuazione che ne disponga le garanzie, non essendo queste prodotte, come accade per i diritti patrimoniali, contestualmente agli stessi diritti garantiti. Si prenda la stipulazione costituzionale, per esempio, del diritto alla vita, oppure di un diritto di libertà come l'*habeas corpus*, oppure di un diritto sociale come il diritto alla salute. In mancanza della proibizione penale dell'omicidio o delle garanzie processuali della libertà personale o di una legislazione sociale in materia di assistenza sanitaria —cioè in assenza di garanzie forti, sia primarie che secondarie— tali diritti sono destinati a rimanere sulla carta. Ma certamente non diremo che essi non esistono perché non esiste, come richiede la definizione di diritto soggettivo, il divieto o l'obbligo ad essi corrispondente. Esiste infatti l'obbligo costituzionale di introdurre queste garanzie forti, cioè di colmarne la lacuna, il quale

³² Guastini, R., *op. cit.*, nota 28, pp. 43 e 44.

³³ Bovero, M., *Derechos, cit.*, nota 31, pp. 238-243.

invera e soddisfa, quale garanzia costituzionale positiva, la tesi teorica del nesso di implicazione tra diritti e garanzie.

Ebbene, è proprio nella lacuna o nell'ineffettività di garanzie legislative, cioè di leggi di attuazione dei diritti costituzionalmente stabiliti — in particolare dei diritti sociali, come il diritto alla salute, all'istruzione e alla sussistenza — che risiede oggi il principale fattore di illegittimità costituzionale dei nostri ordinamenti. L'assenza di garanzie è pressoché totale nel diritto internazionale. Con la sola eccezione dell'istituzione della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità, l'ordinamento internazionale è quasi del tutto privo di *istituzioni di garanzia*: tanto che possiamo identificare la globalizzazione, sul piano giuridico, come un vuoto pressoché totale di una sfera pubblica, cioè di garanzie all'altezza dei tanti diritti fondamentali pur solennemente proclamati nelle tante Dichiarazioni e convenzioni internazionali sui diritti umani.

Ma anche a livello statale le democrazie costituzionali sono incomplete sotto molteplici aspetti rispetto ai fitti cataloghi di principi e di diritti stabiliti nelle loro costituzioni rigide. Mancano innanzitutto, in molti ordinamenti, le garanzie primarie di molti diritti sociali. E mancano, soprattutto, tecniche giuridiche idonee a costringere i pubblici poteri ad introdurle. Mancano perfino, in molti casi, le tecniche garantiste idonee a impedire o a riparare lo smantellamento, in atto in molti paesi, di molte delle garanzie sociali esistenti. Anche per i diritti di libertà, d'altro canto, le classiche garanzie primarie dei divieti delle loro lesioni e quelle secondarie della condanna delle loro offese e dell'annullamento delle norme con essi in contrasto sono del tutto inidonee a metterli al riparo dalle vecchie e nuove insidie ed aggressioni da parte non solo dei poteri politici ma anche dei grandi poteri economici privati. Perfino i diritti politici possono essere vanificati, ove l'ordinamento non disponga di efficaci difese giuridiche, dai metodi elettorali adottati, dalla concentrazione dei mezzi di informazione e dalle lesioni recate alla rappresentanza dalle derive plebiscitarie e dai conflitti di interessi.

Tutte queste lacune e tutti questi svariati aspetti di ineffettività devono pertanto essere letti come altrettanti fattori di illegittimità. Possiamo infatti identificare il grado di legittimità dell'ordinamento di una democrazia costituzionale con il grado di effettività delle garanzie dei diritti in essa costituzionalmente stabiliti; e identificarne l'illegittimità con le loro violazioni o peggio con la loro lacuna. E' precisamente l'identificazione

di questi profili di illegittimità il più rilevante compito scientifico, e al tempo stesso politico, che il costituzionalismo conferisce oggi alla scienza giuridica: non più concepibile né praticabile come mera contemplazione e descrizione del diritto vigente, secondo il vecchio metodo tecnico-giuridico, bensì investita, dalla stessa struttura a gradi del proprio oggetto, di un ruolo critico delle antinomie e delle lacune in questo generate dai dislivelli normativi e di un ruolo progettuale delle tecniche di garanzia idonee a superarle o quanto meno a ridurle.

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 omnicomprendensiva” (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 di 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 modello*, 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 distingan 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 Zabregelsky, 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 postgrado 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 favía 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, LXXXVIII, 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 1o. 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 escudriñarlo 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 que 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 aquélla 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.

triaco 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 tutelan 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 sistemas 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)

Etapas en las que 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. *Cf.* “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”.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EXPANSIÓN (CRÓNICA DE UN CRECIMIENTO)*

Domingo GARCÍA BELAUNDE**

*A Héctor Fix-Zamudio,
de quien tanto hemos aprendido*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *El caso de México. Las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio*. III. *América del Sur de habla castellana*. IV. *Centroamérica y el Caribe*.

I. PRELIMINAR

Los aspectos relacionados con la defensa de la Constitución ocupan al pensamiento jurídico desde hace décadas. En rigor desde que existe o nace el constitucionalismo moderno a fines del siglo XVIII, al compás de las revoluciones norteamericana primero, y francesa, después. En la primera como es sabido, en los debates de Filadelfia, y luego en la divulgación de alto nivel que llevó a cabo *The Federalist Papers*, si bien no hubo ninguna concreción a nivel de la dogmática en aquel momento. Y de influencia en Francia fue el planteo de Sieyès, que tampoco alcanzó éxito. Pero es evidente que la inquietud quedó sembrada, y lo que viene después lo explica perfectamente.

* Por razones de espacio, publicamos en esta oportunidad solo los cuatro primeros apartados. El texto completo se publicará próximamente.

** Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; profesor de Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En los Estados Unidos ello se concreta en la magistral creación de Marshall en 1803, sobre la cual existe una literatura inmensa¹ que, sin embargo, solo se asienta sobre bases firmes, avanzado el siglo XIX. En Francia por el contrario, por el prurito de la soberanía del parlamento, se avanzó muy lentamente, forjando lo que se ha denominado “control político” que ocupó todo el siglo XIX y que empieza a tramontar con la Constitución de 1958.²

En el periodo de entreguerras se da un intenso debate académico, sobre todo en Francia y en el mundo germánico, y en menor medida en España. Lo que lleva a la creación de los únicos tribunales constitucionales del periodo: el austriaco, el checoslovaco y el español.

Al margen de esto, la América Latina, por influencia de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas, creó desde mediados del siglo XIX medidas protectoras de carácter jurisdiccional en defensa de la jerarquía normativa y de los derechos fundamentales. Y esto produjo una literatura muy extensa en varios de nuestros países, que de esta suerte se han adelantado a los europeos en la concreción de estas medidas.

Sin embargo, una cosa es tener legislación adecuada que establezca los pasos que se dan a nivel jurisdiccional para alcanzar un objetivo, y muy otra es que todo eso se sistematice y dé origen a una disciplina científica. Para poner un ejemplo, veamos un caso relativamente reciente. Durante décadas los problemas de orden laboral eran una consecuencia y un entramado de orden civil, y fue así que varios de nuestros códigos civiles consideraban en la sección dedicada a los contratos al contrato de trabajo, hasta que con el tiempo se independizó este apartado y dio nacimiento al moderno derecho del trabajo o derecho laboral. Que como disciplina es reciente y que como era de esperarse despertó desde sus inicios gran cantidad de problemas teóricos (como por ejemplo dónde ubicarlo, cuáles son sus fuentes, sus alcances, etcétera).

En el control constitucional —que así lo llamaremos por comodidad— no se presentó este problema teórico sino hasta muy tarde. Y esto sucedió cuando ya existía y se encontraba muy desarrollada una legislación de orden procesal para llevar adelante estos procesos. Que en la América

¹ Véase entre lo reciente Hobson, Charles E., *The Great Chief Justice*, University Press of Kansas, 1996.

² *Cfr.* varios autores, *L'ordinamento costituzionale della Quinta Repubblica Francese*, a cura di Dominique Rousseau, Turin, Giappichelli Editore, 2000.

Latina se dan desde fines del siglo XIX y en Europa en el último periodo de entreguerras.

Paralelamente, a fines del siglo XIX y principios del XX, se concreta el derecho procesal como rama autónoma dentro del universo jurídico y se desarrolla en dos ámbitos muy concretos: el civil y el penal, que venían desde atrás y contaban con una larga tradición. Así, el derecho procesal civil y el derecho procesal penal fueron durante décadas las únicas partes de la doctrina procesal que se tomaron en serio.

Sin embargo, no fueron pocos los procesalistas que se dieron cuenta de que esta situación bifronte del proceso podía ser estrecha y en todo caso insuficiente. Y fue Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien habló, desde mediados de la década de los treinta del siglo XX, de una “legislación procesal constitucional” y más tarde lo redondeó en el título que dio a una colección de ensayos que publicó en su exilio en la Argentina: *Ensayos de derecho procesal. Civil, penal y constitucional*.³ Y con posterioridad repitió el aserto, con mayor amplitud, en una reseña bibliográfica que publicó en la *Revista de Derecho Procesal*,⁴ que en Buenos Aires dirigía Hugo Alsina. Volvió sobre lo mismo en un libro clásico que publicó en México, como veremos más adelante.

Esta fecha, 1944-1945, puede considerarse como de la fundación del “derecho procesal constitucional” debida a un procesalista español, radicado en la Argentina y que luego reiteró en su exilio mexicano.

La larga estancia de Niceto Alcalá-Zamora en México, que duró más de treinta años, dio sus frutos. Y de ahí nació toda una tendencia a desarrollar el “derecho procesal constitucional” como disciplina independiente pero dentro del derecho procesal, correspondiéndole a Héctor Fix-Zamudio el mérito de haber desarrollado la disciplina y haber fijado sus temas, sus problemas y sus contornos teóricos.

Es pues un hecho innegable que el “derecho procesal constitucional” nació en nuestra América, precisamente en Argentina por obra de un pro-

³ *Ensayos de derecho procesal. Civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

⁴ *Revista de Derecho Procesal*, t. III, 2a. parte, 1945.

cesalista español. Pero se desarrolló más plenamente en México, por especial dedicación de Héctor Fix-Zamudio y de su amplio magisterio.

Pero mientras esto sucedía, teníamos dos panoramas distintos. Por un lado un avance vertiginoso y ejemplar en la jurisprudencia y la literatura norteamericanas. Pero todo ello dentro del concepto genérico de *judicial review*, que en el fondo es una facultad atribuida a todos los jueces que se limitan a inaplicar normas reñidas con la Constitución, si bien esto por la especial estructura y diseño del *common law* en su vertiente norteamericana, iba a tener influencia en el futuro. Pero sin crearse nada nuevo. Más bien, estos problemas se analizan en las respectivas ramas procesales existentes en dicho país, tanto a nivel federal como de los estados, y sobre todo dentro de la temática constitucional (como lo demuestran con exceso los manuales sobre la materia, sea los que tienen un enfoque doctrinario, o los que desarrollan el método de casos).

Muy posterior y en cierto sentido distinto es lo sucedido en el ambiente europeo en el periodo de entreguerras. Hubo una corriente favorable a la “jurisdicción constitucional” y sobre todo por el modelo concentrado, que se refleja en los tribunales constitucionales que tienen una vida expansiva a partir de 1945, pero sin que ello llevase a desarrollos autónomos de carácter procesal. En Europa, salvo excepciones, el problema teórico y de fundamentos se desconoce o en todo caso no interesa o interesa muy poco.

Teniendo presente esta realidad y considerando que pese a su juventud el derecho procesal constitucional se ha expandido notablemente, es que he optado por hacer aquí un pequeño recuento, casi notarial, de lo que existe sobre el tema, sin entrar a mayores detalles, sino simplemente para dejar constancia de lo que existe.

Para realizar esta pesquisa he tomado en cuenta los siguientes referentes: *a)* que se trata de ubicar principalmente libros o monografías que versen expresamente sobre el “derecho procesal constitucional” y también recurrir a artículos de revistas cuando esto ha sido necesario para mejor entender una situación; *b)* que a veces, cuando hay muy poco sobre algún punto o algún país, he optado por hacer una referencia general para dejar anotado por dónde van las inquietudes académicas; *c)* que por razones obvias, no solo de material existente sino por preferencias académicas, he puesto un mayor peso en el análisis de la producción latinoamericana, que no solo es la nuestra, sino que curiosamente es la más preocupada por el tópico, y *d)* que para hacer un corte necesario en el

tiempo, he considerado como fecha límite para mis investigaciones los meses finales de 2006, y por tanto lo que pueda salir después no ha sido considerado.

Finalmente, señalo que lo que aquí se incluye y se da cuenta, probablemente no es todo lo que existe, pero decididamente es bastante y quizá lo más significativo. Y aun así, esto me ha tomado un tiempo considerable, que he empleado en visitar bibliotecas en distintos países y además recibir la colaboración de muchos colegas y amigos sin los cuales este ensayo no hubiera podido elaborarse y a los que aquí extiendo mi expreso reconocimiento. Sin ánimo exhaustivo debo mencionar la ayuda, entre muchos otros y haciendo referencia por países, a las siguientes personas: G. de Vergottini, Lucio Pegoraro, Luca Mezzetti, Silvio Gambino, Edgar Carpio y César I. Astudillo, para el caso de Italia; Louis Favoreu y Alfonso Herrera, para información sobre Francia; Peter Häberle y Joaquín Brage Camazano para Alemania (el primero, además, tuvo la gentileza de hacerme una selección de textos alemanes que luego de hacer traducir he utilizado largamente); Francisco Fernández Segado y Fernando Rey, para España; Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León para México; Jorge Silvero Salgueiro y Sebastián Rodríguez Robles, para Panamá; Rubén Hernández Valle, para Costa Rica; Jorge Mario García Laguardia y Gerardo Prado, para Guatemala, Allan R. Brewer-Carías y José Vicente Haro para Venezuela; José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz para Perú; José Antonio Rivera Santibáñez, para Bolivia; Francisco Zúñiga, para Chile; Néstor P. Sagüés y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, para Argentina; Eduardo G. Esteva Gallicchio para Uruguay; Paolo Medina, para Brasil y Eduardo Lara Hernández y Andry Matilla para Cuba. A lo que debo agregar que muchos autores que aquí se consideran, tuvieron la gentileza de hacerme llegar ejemplares de algunas obras que no tenía o que era muy difícil conseguir (lo cual, creo, es una constante en toda la producción bibliográfica latinoamericana).

De suma utilidad, a la que me remito para mayores precisiones, es la *Encuesta de derecho procesal constitucional*, que he coordinado con Eloy Espinosa-Saldaña B. y que se ha publicado simultáneamente en Lima y México.⁵

⁵ Jurista Editores y Editorial Porrúa, respectivamente, 2006.

II. EL CASO DE MÉXICO. LAS APORTACIONES DE HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Debido a la existencia más que centenaria del amparo (creado en la Constitución yucateca en 1841 y confirmado en el ámbito nacional con el Acta de Reformas de 1847) ha existido una frondosa literatura en torno a este instituto, dedicado principalmente al control de la constitucionalidad de las leyes —y posteriormente a la defensa de los derechos fundamentales y otros tópicos— lo que explica el interés que ha despertado en la doctrina.

Así, a fines del siglo XIX hay que destacar la presencia y la obra de Ignacio L. Vallarta y, posteriormente, ya entrado el siglo XX, la no menos importante de Emilio Rabasa.

Sin embargo, como quiera que el instituto del amparo fue tomando fuerza, se crearon en las universidades cursos dedicados a su estudio, al margen del curso de derecho constitucional propiamente dicho, y eso explica la gran cantidad de ensayos y libros dedicados al tema.

El libro emblemático por décadas y desde los años de 1940, ha sido el de Ignacio Burgoa⁶ que prácticamente uniformó las bases del centenario instituto mexicano y fue el texto formativo de varias jornadas universitarias. El ilustre maestro analizaba el amparo desde enfoques que venían del procesalismo español decimonónico, y sin tomar mayormente en cuenta los últimos avances de la doctrina procesal moderna, a la que en cierto sentido se resistía.

Esto empezó a cambiar lentamente cuando llegó a enseñar en la Universidad Nacional Autónoma de México el gran procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que venía de Argentina en donde había cumplido una labor encomiable. Y es en México en donde publica su monografía clásica *Proceso, autocomposición y autodefensa*⁷ y en donde hace referencia, si bien muy de pasada, a una nueva disciplina que denomina “derecho procesal constitucional”, como antes lo había hecho en Argentina (en 1944 y 1945).

La obra de Alcalá-Zamora no solo fue importante por su producción bibliográfica, sino por la difusión de las nuevas ideas, por la traducción

⁶ Cfr. Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2005.

⁷ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Imprenta Universitaria, 1947, con reimpressiones.

de textos fundamentales y por la formación de nuevas promociones de procesalistas. Entre ellos destacan Héctor Fix-Zamudio, Humberto Briceño Sierra, Cipriano Gómez Lara y Sergio García Ramírez.

Pero el que más se dedicó al tema fue sin lugar a dudas Héctor Fix-Zamudio, quien inicia su andadura académica con su tesis de licenciatura, que publica en tiraje corto y que titula: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (Ensayo de una estructuración procesal del Amparo)*, México, Facultad de Derecho de la UNAM, 1955 (pero que defiende en enero de 1956). La tesis tiene la siguiente estructura:

- Capítulo I: Planteamiento del problema.
- Capítulo II: Situación de la materia en el campo del derecho procesal.
- Capítulo III: El derecho procesal constitucional.
- Capítulo IV: El proceso constitucional.
- Capítulo V: Conclusiones.

Lo importante de esta tesis es que es la primera vez que se afronta el problema central de dónde y cómo desarrollar el derecho procesal constitucional incluyendo dentro de él al amparo, que aparece así como una categoría netamente procesal. De esta manera, los estudios iniciales de Fix-Zamudio constituyen un corte con todo lo que existía hasta esa fecha sobre el amparo, pues en el futuro, si bien lentamente, los estudios irían en la línea de trabajo abierta por él. Y por otro, es la primera vez que se intenta, con detalle, un desarrollo doctrinario sobre lo que es el “derecho procesal constitucional”, si bien es cierto que esto fue posible gracias al magisterio de Alcalá-Zamora y Castillo.

Los capítulos III y IV de esta tesis —de circulación restringida necesariamente— se publican al año siguiente en una revista de muy amplia circulación: *La Justicia*, en sus números correspondientes a los meses de enero (núm. 310) y septiembre (núm. 317) de 1956, lo que como era de preverse, fue muy bien acogido por la comunidad jurídica mexicana. Años más tarde, la totalidad de este texto pionero lo inserta en su libro *El juicio de amparo*.⁸

Fix-Zamudio continua publicando sobre éste y otros temas, de los cuales representa una inflexión importante el *curso* que impartió en 1965

⁸ *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1960, pp. 5-70.

y que publica poco después: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*.⁹ Esta obra inicia, por así decirlo, una nueva etapa en el pensamiento de nuestro autor, pues manteniendo el enfoque procesal, intenta hacer ampliaciones en otros campos jurídicos cercanos a lo procesal y con desarrollos paralelos y dentro de una concepción teórica de mayor alcance, tratando de explicar y tipificar la problemática total anunciada en el título de la obra. Y así lo reitera su ponencia de 1975 titulada: “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”.¹⁰

Un replanteamiento y puesta al día de todo lo anterior lo encontramos en un ensayo que publica años más tarde, en 1999: *Introducción al derecho procesal constitucional*.¹¹

La última contribución de Fix-Zamudio que sintetiza todo lo anterior y que representa su pensamiento final sobre estos temas, lo encontramos en un libro de largo alcance: *La defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*,¹² que ha merecido una gran acogida.

Es pertinente señalar que en el ámbito procesal ha sido muy importante la obra de Cipriano Gómez Lara, autor de una *Teoría general del proceso* que ha sido la primera en publicarse en México y que tiene en la actualidad diez ediciones.¹³ Igualmente debe considerarse su ensayo *La teoría general del proceso y el derecho procesal constitucional*, publicado en un colectivo sobre la materia a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y al que hago referencia más adelante.

Igualmente en el ámbito procesal y perteneciente a una generación posterior tenemos a José Ovalle Favela,¹⁴ y que contiene un desarrollo expreso del “derecho procesal constitucional” como una disciplina procesal.

⁹ *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*, México, UNAM, 1968.

¹⁰ “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, publicada en el libro colectivo del mismo nombre editado por la UNAM y en 1977.

¹¹ *Introducción al derecho procesal constitucional* y que reproduce en folleto en Querétaro, FUNDAP, 2002.

¹² *La defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2006.

¹³ Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Oxford, 2004.

¹⁴ *Teoría general del proceso*, 5a. ed., México, Oxford, 2003.

Pero quien ha sido el motor de la disciplina en los últimos años ha sido Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no solo por su intensa actividad académica, que incluye publicaciones periódicas y no periódicas, sino por el impulso dado a eventos sobre la disciplina y sobre todo por fomentar el interés de los juristas mexicanos en el tema, así como a sus colegas extranjeros. Iniciado con un libro de corte comparativo sobre la acción de amparo en México y España (que fue su tesis doctoral) fue continuado con otro sobre los tribunales constitucionales en Iberoamérica, acompañado de gran cantidad de ensayos sobre temas afines, que en parte ha compilado en su libro *Estudios sobre derecho procesal constitucional*.¹⁵

Pero la obra cumbre que representa todo este esfuerzo es el colectivo por él coordinado que se titula *Derecho procesal constitucional*,¹⁶ al cual han seguido otras ediciones que han culminado en una cuarta en cuatro tomos publicada en el año 2003, a la que hay que agregar una reimpresión en 2006, con el añadido de un apéndice sobre el proyecto de una nueva ley de amparo, haciendo un total de 4,094 páginas y con la participación de más de cien autores que provienen de los más diversos países. Al margen de esto, Ferrer Mac-Gregor ha publicado un *Compendio de derecho procesal constitucional*,¹⁷ que contiene legislación, prontuario y bibliografía y que es de suma utilidad para el abogado practicante.

Adicionalmente, Ferrer Mac-Gregor ha dado gran impulso a lo que él denomina con todo acierto como “derecho procesal constitucional local”, presente sobre todo en los Estados con estructura federal como es el caso de México, y que también se da en otros países que tienen estructura compuesta (como es Argentina) pues muchas veces los ordenamientos internos son más avanzados que los del orden nacional, y por eso despierta la curiosidad de los estudiosos. En esta línea, acaba de publicar conjuntamente con Manuel González Oropeza el colectivo *La justicia constitucional en las entidades federativas*,¹⁸ con un título distinto, que suponemos debe haberse hecho por concesiones editoriales.

En paralelo a estas actividades, Ferrer Mac-Gregor fundó y puso en marcha la “Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional”, con más de veinte volúmenes hasta la fecha, y que ha dado cabida a un elen-

¹⁵ *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2006.

¹⁶ Editado por primera vez por la Editorial Porrúa en 2001.

¹⁷ *Compendio de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2005.

¹⁸ *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

co altamente calificado de temas y de autores sobre la disciplina, no sólo de México sino de otros países.

En las nuevas hornadas hay que destacar los estudios de César I. Astudillo Reyes, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*,¹⁹ y su artículo “La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas”,²⁰ quien parte de una visión más tradicional (apegada al uso italiano del término), pero no por ello menos sólida.

Posteriormente, César I. Astudillo viaja a España donde prepara su tesis doctoral que titula: *El derecho procesal constitucional como derecho con especificidad propia para la garantía de la Constitución*, que defiende en la Universidad Complutense en 2006, y que no ha sido publicada. En esta tesis, gigantesco esfuerzo por juntar y analizar todas las fuentes posibles, lo que hace con rigor y de manera exhaustiva, Astudillo arriba al nuevo nombre o neologismo como gusta repetir, pero sin tomar una decisión sobre la ubicación de la disciplina, a la que le da cierta configuración ecléctica.

Al margen de lo señalado, existen gran cantidad de ensayos, monografías y libros dedicados al amparo, al control constitucional y a la defensa de la Constitución, muchos con el título clásico de “justicia constitucional” (en especial el muy importante de Carlos A. Morales Paulín y ensayos de Edgar Corzo) o “jurisdicción constitucional” e incluso con el de “derecho procesal constitucional” (Manlio F. Casarin León). O que están dedicados a alta divulgación como el colectivo coordinado por Raymundo Gil Rendón.²¹

Igualmente se han traducido y publicado en México gran cantidad de textos de autores extranjeros que han investigado el tema, como es el caso de Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Lucio Pegoraro, Giancarlo Rolla y sobre todo los clásicos trabajos de Mauro Cappelletti y este último desde fecha muy temprana (1961). Y de algunos autores latinoamericanos que han trabajado sobre lo mismo (como Osvaldo A. Gozaíni y Domingo García Belaunde).

¹⁹ México, UNAM, 2004.

²⁰ *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 115, enero-abril de 2006.

²¹ *Cfr. Derecho procesal constitucional*, Querétaro, FUNDAp, 2004.

Tampoco deben olvidarse los frecuentes encuentros, nacionales e internacionales, organizados sobre la disciplina (así, el coloquio internacional organizado por la Universidad Autónoma de Nuevo León en septiembre de 2004 y cuyas ponencias han sido publicadas bajo la coordinación de Germán Cisneros Farías).²² En este mismo evento se creó el Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y al año siguiente (2005) en la misma Universidad de Nuevo León y en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se efectuó el I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Finalmente hay que destacar la presencia de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, la primera en su género en el área iberoamericana, fundada en Puebla en diciembre de 2002 por iniciativa de Aníbal Quiroga León, Domingo García Belaunde, José F. Palomino Manchego y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pero en realidad impulsada y dirigida por este último, cuyo primer número apareció en 2004 en México con el respaldo de la Editorial Porrúa y que continúa hasta el momento con periodicidad semestral. Y en donde se da cuenta de lo que sucede en la problemática procesal-constitucional en el mundo actual, con especial énfasis en el ámbito latinoamericano. Y que desde entonces se ha convertido en el referente obligado para los estudiosos.

Dentro del campo procesal propiamente dicho, debe contarse con el magisterio y la producción, en parte no publicada, de Gumesindo García Morelos, que en tesis doctoral presentada en la Universidad Complutense en Madrid en 2005 (y de la que alista publicar la primera parte) acepta el derecho procesal constitucional desde una estricta óptica procesal, desarrollándola en forma adecuada. Con anterioridad había publicado un interesante análisis comparativo de dos instituciones afines.²³

Lo que he señalado es solo lo que puede considerarse como principal en lo que se refiere a la producción jurídica mexicana de carácter procesal constitucional, pero no agota el estudio de las instituciones de control de constitucionalidad que se da en otros ámbitos y en otras publicaciones. Que comprueba que en México no solo existe una sorprendente actualidad en los estudios, sino que ellos han encontrado amplia acogida en la comunidad jurídica. Que son los frutos que ha dado la obra escrita y

²² Cfr. *Derecho Procesal Constitucional, Coloquio Internacional*, Monterrey, Universidad de Nuevo León, 2004.

²³ Cfr. *El amparo-habeas corpus*, México, ABZ editores, 1998.

no escrita de Héctor Fix-Zamudio que constituye, sin lugar a dudas, el referente obligado en el ámbito iberoamericano.

III. AMÉRICA DEL SUR DE HABLA CASTELLANA

Colombia y Venezuela son los dos países que en América del Sur tienen un antiguo y bastante elaborado sistema de control constitucional, que se remonta a mediados del siglo XIX, como ha sido demostrado por los estudiosos (como es el caso de James A. Grant). Esto ha dado origen a una cantidad muy grande de publicaciones sobre diversos temas, sobre todo de orden práctico o procesal de tales instrumentos. Pero esto no ha llevado a planteamiento teóricos de largo alcance.

Así en Colombia, por ejemplo, se usa desde temprano el concepto de jurisdicción constitucional,²⁴ y lo mismo sucede en la manualística. Y esto se refuerza desde la década de los cincuenta del siglo pasado.²⁵ Colombia tiene una larga tradición jurídica, muy asentada, que se refleja en una cadena de publicaciones sobre temas constitucionales y procesales, que ha aumentado vertiginosamente a raíz de la creación de la Corte Constitucional en 1991 y numerosos libros dedicados a estudiar su actividad y su numerosa jurisprudencia, en muchos aspectos modélica.²⁶

Sin embargo, los procesalistas no se han preocupado por el tema, sino más bien lo han hecho los constitucionalistas. Así, Ernesto Rey Cantor es el primero que se preocupa del nuevo concepto en una sintética pero bien informada *Introducción al Derecho procesal constitucional*,²⁷ en donde señala que el derecho procesal constitucional es el que regula las actua-

²⁴ Cfr. Araújo Grau, Alfredo, *Jurisdicción constitucional*, Bogotá, Talleres Gráficos "Mundo al día", 1936.

²⁵ Cfr. Copete Lizarralde, Álvaro, *Lecciones de derecho constitucional colombiano*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1957, 3a. ed. en 1960; Carlos SÁCHICA, Luis, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1992; Pérez Escobar, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2003; Younes Moreno, Diego, *Derecho constitucional colombiano*, 6a. ed., Bogotá, Ed. Jurídicas G. Ibáñez, 2005; Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Bogotá, Legis, 2005.

²⁶ Cfr. Morelli Rico, Sandra, *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Bogotá, Edic. Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; varios autores, "Justicia constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo", en Sanín Restrepo, Ricardo (coord.), Bogotá, Universidad Javeriana-Legis editores, 2006.

²⁷ *Derecho procesal constitucional*, Univ. Libre, Seccional Cali, 1994.

ciones y procesos constitucionales²⁸ y acepta la distinción entre el “derecho procesal constitucional” y el “derecho constitucional procesal”, siguiendo así el planteamiento de H. Fix-Zamudio. Posteriormente, el mismo autor publica su *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal y derechos humanos procesales*,²⁹ en donde reitera y amplía lo expuesto anteriormente. La obra de Rey Cantor acompañada por su labor docente no ha encontrado prácticamente eco en Colombia, en donde en solitario defiende la existencia de esta nueva disciplina. Con posterioridad, Javier Henao Hidrón ha publicado una obra con el nombre *Derecho procesal constitucional*³⁰ que es la nueva versión de una obra anterior en la que utilizaba el título de “jurisdicción constitucional” y que tuvo muchas ediciones. En esta nueva publicación estudia y analiza el carácter procesal de los instrumentos e instituciones que existen en Colombia, pero evita todo análisis sobre lo que el título anuncia.

* * * * *

En Venezuela contamos con el texto pionero de José Guillermo Andueza Acuña titulado *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*³¹ y lo mismo hace, posteriormente, Orlando Tovar.³² A partir de la década de los setenta hay que mencionar la influyente y sólida obra de Humberto J. La Roche, que quizá es el primero que usa el concepto “derecho procesal constitucional” en la ponencia que presenta en Sochagota en noviembre de 1977, y dentro de un evento dedicado a la jurisdicción constitucional en Iberoamérica.³³ Pero el tema, aun cuando vuelve sobre él más adelante³⁴ no es objeto de mayores desarrollos. Y más bien en los últimos años se ha afirmado la tendencia a usar el rubro de “justicia consti-

²⁸ *Ibidem*, p. 29.

²⁹ Bogotá, Edic. Ciencia y Derecho, 2001.

³⁰ Bogotá, Temis, 2003.

³¹ *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano* y que publica en Caracas en 1955, con reimpresión en 1974.

³² *Cfr. La jurisdicción constitucional*, Caracas, 1983.

³³ *Cfr.* “La jurisdicción constitucional en Venezuela y la nueva Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia”, en varios autores, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1984.

³⁴ *Cfr. Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo 1984, pp. 288-293.

tucional”, aun cuando no se han hecho demasiadas precisiones (así, por ejemplo, Jesús María Casal H., autor de importantes textos en la disciplina, utiliza ambos, justicia y jurisdicción constitucionales como sinónimos. Y lo mismo podríamos decir de José Vicente Haro, que ha dedicado importantes textos al tema que nos ocupa).

Pero el que más ha persistido en el tema y que además ha intentado darle un sustento teórico serio, ha sido Allan R. Brewer-Carías, desde principios de la década de los ochenta, en diversas publicaciones en donde ha desarrollado temas tanto de derecho constitucional como de derecho administrativo, muchos de ellos traducidos al inglés y al francés.

Sus grandes aportaciones, sin embargo, se encuentran en cierto sentido reunidas en su monumental *Instituciones políticas y constitucionales*,³⁵ cuyo tomo VI está dedicado a “La justicia constitucional” y que es una síntesis admirable de toda la problemática, tanto de la supremacía constitucional como de los medios para hacerla valer, y en donde se extiende largamente sobre temas de fundamentos.

Al ser derogada la Constitución de 1961, sobre la cual se asentaba el tratado antes referido, Brewer-Carías emprendió un análisis del nuevo texto constitucional en forma aguda y solventada pues fue miembro de la Asamblea Constituyente que la redactó, si bien por parte de la oposición, y sus puntos de vista los condensa en *La Constitución de 1999 (Derecho constitucional venezolano)*,³⁶ y finalmente en su folleto *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*.³⁷ Su autor no se muestra partidario del “derecho procesal constitucional”, ni tampoco de conceder un carácter procesal a estos instrumentos, sino más bien piensa en una defensa constitucional desde adentro, evitando así toda referencia “procedimental”, declarando que por “justicia constitucional” entiende la totalidad del universo de garantías y controles de la Constitución, y por “jurisdicción constitucional” el órgano específico, Corte Suprema o Tribunal Constitucional, que tiene competencias para ello. Se trata de un planteamiento muy elaborado, que denota una clara influencia francesa, que como sabemos se ha extendido bastante, sobre todo en Italia. En otras palabras, la “justicia constitucional” es un concepto material, mien-

³⁵ *Instituciones políticas y constitucionales*, 3a. ed., Caracas-San Cristóbal, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, 1996-1998, 7 ts.

³⁶ 4a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2 ts., 2004.

³⁷ Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

tras que la “jurisdicción constitucional” es un concepto orgánico; la primera se refiere a una materia determinada (control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales) mientras que la segunda tiende a identificar a un ente u órgano especializado en esto, como es el caso del Poder Judicial en Venezuela.³⁸

Continuador de la obra de Brewer-Carías es, en cierto sentido, Carlos Ayala Corao, autor de varios trabajos sobre el tema desde la década de los ochenta, y en donde utiliza preferentemente el concepto de “jurisdicción constitucional”, aun cuando marginalmente se ha referido al “derecho procesal constitucional” (así en el prólogo al libro de Gustavo J. Linares Benzo, *El proceso de amparo en Venezuela*).³⁹

La aprobación de la nueva Constitución en 1999 ha promovido gran cantidad de estudios, sin que se hayan hecho avances en este tópico.

* * * * *

En Ecuador, no obstante haberse ensayado la creación de órganos de control constitucional desde 1945, no encontramos nada en relación con el tema, pues se utiliza preferentemente el término “justicia constitucional”.⁴⁰

Tan solo recientemente ha aparecido un volumen colectivo titulado *Derecho procesal constitucional*,⁴¹ coordinado por el constitucionalista y magistrado español Pablo Pérez Tremps, quien en la introducción dice que los trabajos ahí reunidos escritos por varios autores se dedican al análisis de los procesos constitucionales que son distintos a los demás y de ahí la particularidad del denominado “derecho procesal constitucional”. Afirmación preliminar y genérica, sobre la cual el resto de trabajos no vuelve ni ahonda.

* * * * *

³⁸ *Ibidem*, pp. 12-14.

³⁹ Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1993.

⁴⁰ *Cfr.* Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

⁴¹ Quito, Corporación Editora Nacional, 2005.

En el Perú el término “derecho procesal constitucional” fue introducido por vez primera en 1971,⁴² y ha tenido desde entonces un continuo desarrollo hasta la actualidad, acompañado por la promulgación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional desde el 1o. de diciembre de 2004 y por la intensa actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Quien ha dedicado largos años a estudiar los contenidos, sin titularlo con el nombre, es Víctor Julio Ortecho Villena, desde la ciudad norteña de Trujillo, en sucesivas publicaciones que rematan, por así decirlo, con su sugestivo libro *Procesos constitucionales y su jurisdicción*.⁴³

Pero el primer texto independiente que utiliza la nomenclatura es el de Gerardo Eto Cruz, *Introducción al derecho procesal constitucional*,⁴⁴ si bien es demasiado escueto.

Más amplio es el esfuerzo desplegado por Elvito A. Rodríguez Domínguez, *Derecho procesal constitucional*,⁴⁵ que es en puridad el primer libro sobre la materia que se publica en Perú, que es fruto de los afanes de un procesalista, que además enseña la disciplina en la vieja Universidad de San Marcos. El éxito de la obra lo llevó a una siguiente edición en 2002 y finalmente a una tercera muy ampliada y con nuevo nombre, *Manual de derecho procesal constitucional*,⁴⁶ con extenso prólogo de Héctor Fix-Zamudio. El enfoque es netamente procesal.

El siguiente libro se publica igualmente en Trujillo, cuyo autor Domingo García Belaunde da el título a la obra, *Derecho procesal constitucional*,⁴⁷ a cargo y con extenso estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz. De larga influencia es su opúsculo *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*,⁴⁸ que cuenta con una edición en México.

César Landa publica su *Teoría del derecho procesal constitucional*,⁴⁹ continuando sus importantes estudios sobre el tema, en especial de su vo-

⁴² Cfr. García Belaunde, Domingo, *El habeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica, 1971, p. 21.

⁴³ 9a. ed., Trujillo, Rodhas, 2004.

⁴⁴ Trujillo, 1990-1992.

⁴⁵ Lima, Grijley, 1997.

⁴⁶ Lima, Grijley, 2006.

⁴⁷ Trujillo, Edit. Marsol, 1998. Una segunda edición, revisada y prácticamente doblada en su extensión, ha sido publicada en la Editorial Temis (Bogotá 2001).

⁴⁸ 4a. ed., Lima, Grijley, 2002,

⁴⁹ Lima, Palestra, 2004.

luminoso y bien documentado libro *Tribunal Constitucional y democracia*.⁵⁰ Sus reflexiones últimas se encuentran reunidas en un denso volumen: *Estudios sobre derecho procesal constitucional*.⁵¹ Sin embargo Landa no hace un mayor desarrollo del tema, pues se afilia a la tesis de Häberle al considerar que el “derecho procesal constitucional” es en realidad parte del derecho constitucional, al cual “concretiza” con motivo de la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Su enfoque, interesante sin dudas, es algo aislado dentro de la tratadística peruana.

Samuel Abad Yupanqui ha realizado diversos estudios sobre el amparo. Y desde una moderna postura procesal, ha publicado un enjundioso texto titulado *Derecho procesal constitucional*,⁵² que al ser parte de su tesis doctoral, asume una descripción de la disciplina en forma orgánica y ordenada, abordando sus principales problemas. Es quizá la mejor obra informativa y de análisis dentro de la literatura peruana.

Finalmente, Aníbal Quiroga León, procesalista de trayectoria, ha reunido diversos ensayos en su reciente libro *Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional*.⁵³ No obstante que Quiroga se ha dedicado desde hace muchos años al tema, promoviendo diversas publicaciones sobre la “jurisdicción constitucional” (en 1990 y bajo el auspicio del Fondo Editorial de la Universidad Católica), así como eventos y revistas e incluso ha propiciado desde 1996 un Código Procesal Constitucional, que tiene un enfoque con ciertas peculiaridades y no muy preciso. No obstante esto, en lo sustancial mantiene un enfoque procesal.

La publicación y puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional en Perú, el primero en su género a nivel iberoamericano (pues el de Tucumán es de carácter local y no nacional), ha hecho aumentar en forma vertiginosa las publicaciones sobre el tema, muchas veces usando el título “derecho procesal constitucional” por mera convención, pero otros son largos análisis del Código, algunos con muy alto nivel (como es el caso de Carlos Mesía y Luis A. Castillo) o con un propósito sobre todo profesional y de apoyo práctico pero no por ello menos importante (Walter Díaz Zegarra, Gustavo Gutiérrez). A lo que hay que agregar las publicaciones y debates surgidos a partir de la jurisprudencia del Tribunal

⁵⁰ 2a. ed., Lima, Palestra, 2004.

⁵¹ México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2006.

⁵² Lima, Gaceta Jurídica, 2004.

⁵³ Lima, Ara Edit. 2005.

Constitucional, repuesto democráticamente en 2001 e integrado con siete miembros elegidos por el Congreso de la República.

Entre las publicaciones colectivas merecen citarse *Derecho procesal constitucional*;⁵⁴ *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*,⁵⁵ e *Introducción a los procesos constitucionales*.⁵⁶ De utilidad es el *Syllabus de derecho procesal constitucional*.⁵⁷ Un análisis puntual y novedoso hecho por un procesalista lo tenemos en *Justicia constitucional y proceso de amparo*.⁵⁸

En Chile hay un interesante movimiento en esta línea desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, que es producto del gran esfuerzo de Humberto Nogueira Alcalá, que desde Santiago o desde Talca, ha orientado estos afanes y además ha promocionado encuentros de estudios tanto chilenos como de otros juristas del área, que han sido decisivos para el desarrollo de la disciplina en ese país.

Entre los primeros pasos dados por Nogueira se encuentra el haber convocado a un Primer Seminario Latinoamericano en la Universidad Central de Santiago de Chile, en octubre de 1987 y bajo el rubro de “Justicia Constitucional”.⁵⁹ Posteriormente convoca el segundo seminario en la misma ciudad y con el mismo auspicio, pero al cual denomina esta vez como “2das. Jornadas de Derecho Procesal Constitucional” y que se lleva a cabo en abril de 1991. Contó con una selecta concurrencia de juris-

⁵⁴ Varios autores, en Castañeda Otsu, Susana Y. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Jurista editores, 2004, 2 vols. (hay edición boliviana impresa en Cochabamba).

⁵⁵ Varios autores, *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Grijley, Palomino Manchego, José F. (coord.), 2005, 2 ts.

⁵⁶ Susana Castañeda O. et al., *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima, Jurista Editores, 2005.

⁵⁷ *Syllabus de Derecho procesal constitucional*, por José F. Palomino M., Gerardo Eto Cruz, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, Lima, Cuaderno de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003.

⁵⁸ Omar Cairo Roldán, *Justicia constitucional y proceso de amparo*, Lima, Palestra editores, 2004.

⁵⁹ Cfr. *La Revista de Derecho*, núm. I, enero-junio de 1988 y núm. I, enero-junio de 1989.

tas internacionales. Sus actas se publicaron en dos números sucesivos de *La Revista de Derecho*.⁶⁰

En fecha reciente, al celebrarse en Santiago el “IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional” (noviembre de 2006), publicó con antelación las ponencias presentadas al evento que tenía como título genérico “Desafíos del derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI” en un grueso volumen de más de 800 páginas: *Estudios constitucionales*,⁶¹ que reúne textos que abordan diversos temas de interés, pero en donde el membrete “derecho procesal constitucional” no es objeto de un desarrollo especial.

Por su parte, Nogueira ha escrito multitud de artículos sobre el tema, serios y documentados, usando diversos rótulos sin mayores precisiones, sea el de justicia constitucional, sea el de jurisdicción constitucional, vinculándolo sobre todo a Chile, y manejando hábilmente datos del derecho comparado, así como libros centrados en los derechos fundamentales.

Pero recientemente ha presentado un texto orgánico de largo alcance, producto de una investigación de aliento: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI*,⁶² al que ha seguido una edición venezolana con distinto título: *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*,⁶³ que aquí utilizo.

En esta obra intenta Nogueira Alcalá distinguir entre jurisdicción y justicia constitucional. Así, señala que al hablar de “justicia constitucional” estamos haciendo referencia a un contenido valorativo, pero distinga la versión amplia de la versión restringida. En sentido amplio “justicia constitucional” es todo tipo de control que desempeña el juez, el órgano legislativo o un órgano especial. Así, tenemos que existe una justicia constitucional “política” y una justicia constitucional “jurisdiccional”. Esta última es ejercida por órganos de carácter jurisdiccional, de cualquier orden.

Por su parte, la jurisdicción constitucional es una especie de la justicia constitucional, con la finalidad específica de actuar el derecho de la

⁶⁰ *La Revista de Derecho*, Núm. 2, julio-diciembre de 1990 y núm. 1, enero-junio de 1991.

⁶¹ Santiago, año 4, núm. 2, 2006.

⁶² México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2004.

⁶³ Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2006.

Constitución y tiene como meta la defensa de la Constitución, con características específicas.

Las breves líneas anotadas no permiten extraer mayores elementos de juicio, ya que el autor en realidad no tiene en mente la parte procesal teórica, no obstante lo cual nos presenta una obra de investigación prácticamente exhaustiva, casi sin precedentes y de innegable utilidad.

El patriarca de los constitucionalistas chilenos, Alejandro Silva Bascuñán utiliza el concepto de “justicia constitucional” y señala que el de “derecho procesal constitucional” no es acertado.⁶⁴

Magistrados del Tribunal Constitucional, como Juan Colombo Campbell, se han dedicado al tema,⁶⁵ el autor citado defiende su categoría procesal, pero sin mayores precisiones. En el mismo sentido Luz Bulnes, y con anterioridad Ismael Bustos Concha y Lautaro Ríos Álvarez, pero con matices diferenciales. En la línea de investigaciones puntuales, hay que mencionar la meritoria obra de Gastón Gómez Bernales.

A Francisco Zúñiga Urbina se debe el más completo tratamiento de la disciplina que ha aparecido en ese país, pues toma como referencia no solo la parte doctrinaria, sino la histórica, comparada, legislativa y la propiamente chilena.⁶⁶ Acepta el planteamiento de distinguir el “derecho procesal constitucional” del “derecho constitucional procesal”, pero no la distinción entre justicia y jurisdicción constitucional. Ofrece, por lo demás, un desarrollo muy completo y sugestivo de suma utilidad.

Andrés Bordalí Salamanca es un procesalista que ha incursionado desde su especialidad en el tema, al cual asigna carácter procesal, como se ve en su libro *Temas de derecho procesal constitucional*.⁶⁷ Posteriormente, sin embargo, ha coordinado un colectivo con nombre distinto: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*.⁶⁸

⁶⁴ Cfr. *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. IX, pp. 21; es la segunda edición de un anterior tratado publicado originalmente en la década de los sesenta y en tres tomos; la actual segunda edición está en curso y llega a los once tomos...

⁶⁵ Cfr. “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002.

⁶⁶ Cfr. *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002, 2 ts.

⁶⁷ Santiago de Chile, Edit. Fallos del Mes, 2003.

⁶⁸ Santiago, Lexis-Nexis, 2006.

Con anterioridad, un procesalista acreditado intentó ubicarse, si bien muy ampliamente, en la problemática: Raúl Tavolari Oliveros, *Habeas corpus*.⁶⁹

* * * * *

Bolivia se ha incorporado al debate sobre la temática, a raíz de la fundación y puesta en funcionamiento de su Tribunal Constitucional, que ha hecho posible gran cantidad de publicaciones en torno a los procesos y a la actividad del Tribunal.⁷⁰ Así, Pablo Dermizaky Peredo, maestro dedicado al derecho público (tiene sendos manuales sobre derecho constitucional y derecho administrativo) ha incursionado en el tema, pero con el título de “justicia constitucional” que se emplea incluso en los seminarios que organiza periódicamente el Tribunal Constitucional, del cual Dermizaky fue presidente (1999-2001).

Así, en su importante libro *Justicia constitucional y Estado de derecho*⁷¹ señala en el prólogo que “justicia constitucional” es un sistema elaborado por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia aplicables al control, defensa e interpretación de la Constitución... agregando que la justicia constitucional se materializa a través de la jurisdicción constitucional, que es el conjunto de órganos y normas diseñados para administrar aquélla... de esta manera, la jurisdicción constitucional es el medio y la justicia constitucional es el fin (concepto que repite en la páginas 177 y ss.). Este libro de Dermizaky debe ser completado, en cuanto a procesos se refiere, con el siguiente: *Derechos y garantías fundamentales*.⁷²

Un primer síntoma de nuevas inquietudes es el libro colectivo *Derecho procesal constitucional boliviano*, con colaboraciones de Francisco Fernández Segado, Jorge Asbún, Pablo Dermizaky, Willman Durán Rivera, William Herrera, José Antonio Rivera y Víctor Bazán,⁷³ en donde el tema es asumido pero no desarrollado.

⁶⁹ Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1995.

⁷⁰ Entre otros, varios autores, *La justicia constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, Tribunal Constitucional, 2003.

⁷¹ 2a. ed., Cochabamba, Editorial Alexander, 2005.

⁷² Cochabamba, Editorial Alexander, 2006.

⁷³ Editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Santa Cruz 2002.

Desde una óptica procesal se encuentra el libro de José Decker Morales, *Derecho procesal constitucional*,⁷⁴ en donde condensa inquietudes formuladas desde 1998, cuando por primera vez usó el concepto en el país.

El más completo estudio sobre el tema se debe a José Antonio Rivera Santibáñez, quién fuera magistrado constitucional, y que ha publicado un enjundioso volumen sobre la *Jurisdicción constitucional*,⁷⁵ en el cual dedica una primera parte, muy amplia, a la discusión académica sobre el concepto, y se afilia a una tendencia procesal. Rivera además es un gran animador de estos temas, con gran capacidad de convocatoria, como lo demuestran los eventos organizados en La Paz y Santa Cruz.

Un planteo doctrinario bastante ceñido y con un amplio desarrollo de la problemática boliviana, con un enfoque procesal y con referencias jurisprudenciales, lo tenemos en René Baldivieso Guzmán, *Derecho procesal constitucional*,⁷⁶ sumamente útil, pues su autor fue magistrado del Tribunal Constitucional.

En Uruguay existe una larga tradición manualística en materia constitucional, que incluye dentro de su ámbito el problema del control de constitucionalidad, al cual generalmente no califica en forma independiente (algunos le llaman justicia constitucional) ni tampoco se enfoca como algo que merezca ese tratamiento (así en los textos de Jiménez de Aréchaga, José Korseniak, Rubén Correa Freitas, Martín Risso Ferrand, etcétera). Pero el primero que usa el concepto en ese país es el eminente procesalista Eduardo J. Couture en su obra *Estudios de derecho procesal civil*,⁷⁷ que probablemente tomó de los trabajos de Alcalá-Zamora y Castillo, a quien conocía y trataba por frecuentar la comunidad jurídica argentina, en donde Alcalá-Zamora vivía en aquella época. Sin embargo, Couture no hace ningún análisis conceptual, sino que se limita (en el tomo I) a dar el título de “Casos de derecho procesal constitucional” a una

⁷⁴ Cochabamba, s. e., 2002,

⁷⁵ 2a. ed., Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2004; la primera edición es de 2000.

⁷⁶ Santa Cruz de la Sierra, Ind. Gráficas Sirena 2006.

⁷⁷ Buenos Aires, Ediar, 3 ts., 1948-1950, con reimpressiones.

sección que agrupa diversos ensayos alusivos y sobre el cual no se arroja luz alguna.

Años más tarde se encuentra un desarrollo más elaborado que debemos a Eduardo G. Esteva Gallicchio, que lo pone en discusión en 1984 y en donde hace un distingo entre el “derecho procesal constitucional” por un lado, y el “derecho constitucional procesal” por otro.⁷⁸

De parte de los procesalistas la obra merece un tratamiento especial, no muy extensa pero bien elaborada, de Enrique Véscovi, quien le da un tratamiento netamente procesal, si bien no arriesga un planteo doctrinario ni tampoco un nombre moderno,⁷⁹ y *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*.⁸⁰

En lo que se refiere al Paraguay no he encontrado una sola referencia sobre el tema que nos ocupa, si bien hay estudios en torno al tema.⁸¹

IV. CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

En lo que se refiere a Centroamérica, el país que más producción tiene en la materia que nos ocupa, es sin lugar a dudas Panamá, que al igual que otros países de su entorno ha tenido facilidades para que sus estudiosos salgan al exterior a formarse y ponerse al día en novedades bibliográficas. Así tenemos que en Panamá se publica el libro de Sebastián Rodríguez Robles titulado *Derecho procesal constitucional panameño*,⁸² basado en la tesis de grado que presenta su autor ante el correspondiente centro universitario y que es la primera publicación en forma de libro

⁷⁸ Cfr. *Lecciones de introducción al derecho constitucional. Derecho constitucional*, I, Montevideo, 1984, t. I, pp. 9 y 10.

⁷⁹ Cfr. *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967; *Principios estructurales del proceso constitucional en “Universidad”*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, septiembre-diciembre de 1969, núm. 79.

⁸⁰ Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 463 y ss.; se inclina por el uso del término “jurisdicción constitucional”.

⁸¹ Cfr. Mendonça, Juan Carlos, *Inconstitucionalidad. Aspectos procesales*, Asunción, Editorial El Foro, 1982; Lezcano Claude, Luis, *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, Asunción, La Ley Paraguaya, 2000; *id.*, “La defensa de la Constitución en el derecho paraguayo”, en Bazán, Víctor (coord.), “Defensa de la Constitución-garantismo y controles”, *Libro de reconocimiento a Germán J. Bidart Campos*, en Buenos Aires, Ediar, 2003.

⁸² Panamá, Universidad de Panamá, 1993.

aparecida en ese país y probablemente en toda Centroamérica. El autor tuvo la suerte de estar cerca del maestro César Quintero (1916-2003), de reconocido prestigio internacional y que prologó el libro haciendo un amplio como meditado estudio sobre las variantes del proceso y sus relaciones con la Constitución. Además siguió estudios de posgrado en Argentina, lo cual le permitió estar en contacto con la más calificada doctrina sobre la materia. Y si bien la obra está centrada en el desarrollo y análisis de la dogmática panameña vigente a la época en que formuló su trabajo, lo antecede con un breve pero centrado análisis conceptual sobre la disciplina.

Rodríguez Robles parte del concepto de derecho procesal y sin mayores vacilaciones señala que el derecho procesal constitucional es una de sus ramas o disciplinas, si bien reconoce la dificultad de fijar sus contornos doctrinarios. Tampoco hace concesiones a figuras próximas o vecinas. Y tentativamente define el derecho procesal constitucional como el conjunto de fundamentos doctrinales y preceptos normativos de carácter instrumental, instituidos para asegurar eficazmente el estricto cumplimiento de la ley suprema del Estado (es decir, de la Constitución; página 59). Ella incluye las garantías constitucionales jurisdiccionales, las garantías constitucionalizadas del control de legalidad, así como las garantías implícitas del debido proceso.

La segunda publicación que tenemos es la de Boris Barrios González.⁸³ Según su autor, cuyo manual ha tenido una amplia circulación, el derecho procesal constitucional tiene carácter instrumental de naturaleza pública y reglamenta el ejercicio de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, su obra se dedica a desarrollar procesos tales como el amparo, el *habeas corpus*, la acción de inconstitucionalidad, etcétera, tal como se dan en la experiencia panameña.

Rigoberto González Montenegro ha publicado un *Curso de derecho procesal constitucional*,⁸⁴ en donde acepta que el derecho procesal constitucional es rama específicamente procesal para la defensa de la Constitución. Es por tanto una disciplina autónoma y sus contenidos son: a) jurisdicción, b) procesos y c) órganos.

⁸³ *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Panamá, Portobelo, 2002; la primera edición es de 1999.

⁸⁴ 2a. ed., Panamá, Litho Editorial Chen, 2003; primera edición en 2002.

Por cierto, hay otros enfoques que utilizan un esquema más convencional y que dan cuenta de la temática en el respectivo país.⁸⁵ Si bien en algunos casos se utilizan los conceptos en forma heterodoxa.⁸⁶

* * * * *

En Nicaragua se cuenta con la ingente producción de Iván Escobar Fornos, quien ha incursionado en varios temas jurídicos, en especial relacionados con el derecho civil, pero a nuestro tema ha dedicado un volumen titulado *Derecho procesal constitucional*.⁸⁷ En ella acepta al derecho procesal constitucional como instrumental, lo cual es expresión o desarrollo de un tema más amplio como es la justicia constitucional, pero sin entrar en mayores detalles. Posteriormente, esta obra es objeto de un replanteo y reelaboración y la publica como *Introducción al derecho procesal constitucional*.⁸⁸ Aquí amplía y precisa algunos conceptos; acepta un derecho constitucional procesal al lado del derecho procesal constitucional, desarrolla notablemente la parte conceptual y comparada y señala que el contenido del derecho procesal constitucional lo integran: *i)* la justicia constitucional, *ii)* los órganos de control, *iii)* las garantías constitucionales, *iv)* las partes y *v)* el proceso.

* * * * *

País de gran tradición cultural es Costa Rica dentro del ámbito centroamericano. La figura más importante, no sólo por su obra sino por su magisterio, es Rubén Hernández Valle, quien tempranamente publica su *Derecho procesal constitucional*.⁸⁹ Hernández asume que estamos ante una rama del derecho procesal que se dedica a estudiar los instrumentos

⁸⁵ Cfr. Araúz, Heriberto, *Panorama de la justicia constitucional panameña*, Panamá, Universal Books, 2003.

⁸⁶ Cfr. Fábrega P., Jorge, “Derecho constitucional procesal panameño”, en varios autores, *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, 1987.

⁸⁷ Managua, Hispamar, 1999.

⁸⁸ México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

⁸⁹ San José, Juricentro, 1995; 2a. ed., 2001.

de la jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales.⁹⁰ Sin embargo, entre una edición y otra publica *Escritos sobre justicia constitucional*,⁹¹ en donde el cambio del título proviene probablemente, tal como señala el autor, por tratarse de unas lecciones preparadas para impartirse en Madrid y que no alcanzó a llevar a cabo. Pero en ellas desarrolla las bases del “derecho procesal constitucional”.

Este último libro y otros ensayos del autor fueron publicados luego bajo otro título en la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, que en México dirige Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Y más recientemente en un volumen compilativo bajo el título de *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*.⁹²

Rodolfo Piza E. quien durante años fuera connotado magistrado de la prestigiosa Sala Constitucional de Costa Rica, intentó una peculiar distinción entre “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” que no ha tenido seguimiento.⁹³

Pero la doctrina también usa, como equivalentes, los conceptos de “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional”.⁹⁴

* * * * *

Guatemala es un país de grandes tradiciones, sobre todo en materia constitucional y de defensa de la Constitución, y en donde además se instaura una Corte de Constitucionalidad en 1965, si bien peculiar y con funcionamiento intermitente y que posteriormente ha tenido un desarrollo interesante. Tiene una vida cultural activa, pero ha desarrollado el tema que nos ocupa dentro del campo constitucional o en el denominado “defensa de la Constitución” en donde hay varios trabajos valiosos de Jorge Mario García Laguardia.⁹⁵ La literatura, por lo demás, engloba el

⁹⁰ Véanse las páginas 31-36 de la segunda edición.

⁹¹ Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1997.

⁹² *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*, Lima, Jurista Editores, colección dirigida por Susana Castañeda, 2006.

⁹³ Véase su artículo “Justicia constitucional y derecho de la Constitución”, en varios autores, *La jurisdicción constitucional, III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional*, San José, Juricentro, 1993.

⁹⁴ Cfr. Solís Fallas, Alex, *La dimensión política de la justicia constitucional*, San José, Imp. Gráfica del Este, 2000.

⁹⁵ Cfr., entre otros, *La defensa de la Constitución*, Guatemala, 1983.

problema procesal constitucional dentro de los libros o textos sobre la Constitución, que es considerado como justicia constitucional.⁹⁶

* * * * *

En el Caribe hay que mencionar, por su gran tradición cultural, el caso de Cuba. En la etapa pre-revolucionaria he encontrado un referente importante en la obra de Fernando Álvarez Tabio, con valiosas obras en materia civil, constitucional y procesal. Así, en su libro *El recurso de inconstitucionalidad*⁹⁷ estudia este proceso, de larga data en Cuba pero tal como estaba regulado en la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1949, que desarrolla la institución creada por la Constitución de 1940. Dice en su introducción que dicha ley contiene el conjunto de normas ordenadoras del recurso de inconstitucionalidad, es decir, constituye “la fuente principal del derecho procesal constitucional”; y agrega que “no es posible, pues, emprender el estudio de una rama del derecho procesal sin ponerlo en contacto con la teoría general del proceso”. A continuación señala que “el concepto del proceso es el núcleo primario de todo el complejo de problemas que implica el estudio de un ordenamiento procesal”. Cita como sus fuentes a diversas autoridades del mundo procesal (Redenti, Alcalá-Zamora, Goldschmidt, Guasp, etcétera) y hace un desarrollo de la institución en esa línea. Álvarez Tabio con posterioridad se adhirió al régimen castrista y perpetró un extenso comentario a la Constitución cubana de 1976, que no tiene la altura que gozan sus otros textos jurídicos y por cierto no volvió sobre los mismos temas.⁹⁸

Con posterioridad este enfoque se fue perdiendo dentro del torbellino político existente y se retomó el tema años más tarde, dentro de una ideología política determinada. Desapareció el control jurisdiccional que existía y se introdujo el control político, que en realidad no es control o en todo caso no es eficiente. Y además, desde un enfoque muy general y

⁹⁶ Cfr. Prado, Gerardo, *Derecho constitucional*, 4a. ed., Guatemala, Praxis, 2005 y Flores Juárez, Juan Francisco, *Constitución y justicia constitucional*, Guatemala, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, 2005.

⁹⁷ La Habana, Editorial Librería Martí, 1960.

⁹⁸ Cfr. *Comentarios a la Constitución socialista*, La Habana, Ediciones Jurídicas, 1981.

sin precisiones.⁹⁹ Este destacado jurista cubano nos dice en este ensayo que “no tendríamos una visión medular sobre la justicia constitucional en nuestro subcontinente, si no entendemos y medimos en todo su calado los rumbos que emprende el capitalismo mundial en su actual reacomodo o reajuste”. Con lo que pone de relieve que el sistema adoptado en Cuba obedece a la defensa de una filosofía política determinada y no a un control del poder.

En forma más clara lo expone detalladamente Martha Prieto Valdés:

Para poder analizar las formas de defensa jurídica de la Constitución cubana y comprender lo *sui generis* de las mismas, debe partirse de un grupo de características básicas del Sistema Político (monopartidismo y ausencia de oposición legalizada, reconocimiento del Partido como rector de la sociedad y del Estado y vanguardia de la Nación), del Estado (principios de unidad de poder y del centralismo democrático, estructura estatal unitaria...) de su Economía (dirección, ejecución y control estatal, hacienda centralizada), de su concepción de la Democracia (popular-participativa)...

Por tanto, tal diseño provoca, en materia de control constitucional, la existencia del modelo de *control político, concentrado y posterior*.¹⁰⁰

⁹⁹ Cfr. Fernández Bulté, Julio, “Los desafíos de la justicia constitucional en América Latina en los umbrales del siglo XXI”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 11, 1996.

¹⁰⁰ Cfr. “El sistema de defensa constitucional cubano”, *Revista Cubana de Derecho*, núm. 26, julio-diciembre de 2005.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO*

Marina GASCÓN ABELLÁN*

SUMARIO: I. *Caracterización del constitucionalismo: la justicia constitucional.* II. *Los límites de la justicia constitucional.* III. *La invasión del ámbito político.* IV. *Observaciones finales.*

I. CARACTERIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Aunque lo que haya de entenderse por *Estado constitucional* parece una cuestión abierta o en todo caso sometida a debate, podría decirse, de una forma genérica y puramente aproximativa, que constitucionales son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter *normativo*: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y

* El presente texto, que retoma una idea ya desarrollada en un trabajo anterior más amplio sobre las fricciones del Tribunal Constitucional español con el legislador y con la jurisdicción ordinaria (“Los límites de la justicia constitucional: entre jurisdicción y legislación”, en Laporta, F. (coord.), Madrid, CECP, 2003, *Constitución. Problemas filosóficos*), se inserta en el proyecto de investigación *La Arquitectura de la Ley en el Estado constitucional*, financiado por la JJCC de Castilla la Mancha, PAI05-055.

** Catedrática de Filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-La Mancha).

además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez. En otras palabras, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la *supremacía política* de la Constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica o supralegalidad*.

Precisamente resaltando esta nota de supralegalidad suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación: si el *Estado legislativo de derecho* había supuesto la sumisión de la administración y del juez al derecho, y en particular a la ley, el *Estado constitucional de derecho* supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución. Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, *junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad*. Por lo demás, la supremacía jurídica de la Constitución, que es el rasgo más significativo del Estado constitucional de derecho, no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la *rigidez* de la Constitución, es decir, cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria,¹ y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad* de la ley y otros actos del poder.² Puede

¹ Véase el volumen *La rigidez de las Constituciones escritas* (A. Pace y J. Varela), Madrid, CEC, 1995; o Ferreres, V., “En defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es Prieto, L., para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, “Constitución y Parlamento”, *Parlamento y Constitución*, núm. 5, 2001, pp. 12 y ss.

² M. García Pelayo, entre otros, señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, p. 3037. De una opinión distinta es J. C. Bayón, para quien la supremacía de la Constitución no depende necesariamente de la existencia de una garantía constitucional, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CECP, 2004, pp. 67 y ss.

decirse por ello que, en la caracterización tradicional del constitucionalismo, supremacía de la Constitución y justicia constitucional son conceptos inextricablemente unidos.

Es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de *control difuso y concreto*, orientado primariamente a la garantía de los derechos, y el sistema de *control concentrado y abstracto*, orientado primariamente a controlar el texto de la ley. El primero conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional.³ El temprano y firme reconocimiento de la supremacía constitucional (y consiguientemente de la justicia constitucional) se vincula aquí a la idea de contrato social lockeano que postula una Constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos. Es más, “para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”.⁴ Cuaja así la idea de un Poder Constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La Constitución es, pues, el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye (y delega en) los órganos del Estado y regula su forma de proceder, la Constitución aparece como *lógicamente* superior a los mismos y *jurídicamente* superior a las demás normas, y su garantía (sobre todo la de los derechos) se confía al más neutro de los poderes: el Poder Judicial.⁵ Es lo que se conoce como *judicial review*, que se configura como un control difuso y concreto para la protección de los derechos constitucionales. *Difuso* porque los derechos pueden ser invocados ante cualquier juez, y en

³ Sobre el origen y justificación de la *judicial review* véase por ejemplo Blanco Valdés, R., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998.

⁴ Esta es una de las “verdades” que los autores de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* (1776) sostenían “por evidentes”.

⁵ La idea está bien descrita por A. Hamilton en *El Federalista*: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo” (Hamilton, A., 1780, cap. LXXVIII).

último término ante el tribunal supremo, cuya doctrina (vinculante) es la que delimita realmente el contenido de los derechos que la Constitución enuncia. Y *concreto* porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular: la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos.

El *control concentrado y abstracto*, por su parte, conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional kelseniano que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austriaca de 1920 y, que tras la Segunda Gran Guerra se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la Constitución (o de los derechos) se atribuye a todos los jueces, este sistema de control se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc* (el tribunal o corte constitucional) *separado* de la jurisdicción ordinaria y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas. Es decir, el control de constitucionalidad se agota en el que ejerce un tribunal constitucional que aparece como “el órgano que confronta norma (abstracta) de la ley con norma (abstracta) de la Constitución para verificar la contradicción lógica eventualmente producida en el seno del ordenamiento”.⁶ La opción de Kelsen por este sistema resulta comprensible si se considera el contexto jurídico-político en el que se gesta. En la tensión política entre jueces y legisladores de la Europa de la década de los veinte, que tendría su culminación dramática en la experiencia constitucional de la República de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un derecho libre desbocado, el Tribunal Constitucional venía a representar dos cosas: un intento de conciliar la garantía de la Constitución y la libertad política del Parlamento frente a los jueces y al mismo tiempo un intento de recuperar el ideal de la aplicación racional y controlable del derecho. En suma, en una situación histórica donde la consolidación del Estado de derecho hallaba múltiples dificultades, donde la supremacía de la ley aparecía amenazada por una judicatura sumamente activista y no precisamente imbuida de la filosofía liberal que alentó el

⁶ Véase Volpe, G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977. Véase también Prieto, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 77 y 78.

constitucionalismo norteamericano, la pretensión de Kelsen es institucionalizar un control de constitucionalidad que no comprometa la libertad política del Parlamento y que se muestre lo más cercano posible a la razón y la lógica.

Interesa destacar, sin embargo, porque es importante para lo que después se dirá, que el logro de estos objetivos requería algo más, esta vez referido a la propia idea de Constitución. Kelsen, en efecto, visualizaba ya los peligros que para una justicia constitucional, que quisiera ser racional y respetuosa con el legislador, representan los preceptos constitucionales más o menos vagos o ambiguos; de ahí su enérgico rechazo a este tipo de normas.⁷ Por ello para este autor la Constitución es ante todo una norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas generales⁸ y que puede, asimismo —es verdad—, condicionar hasta cierto punto el contenido de esas normas, pero sin que ese condicionamiento sustantivo pueda concebirse en términos de un sistema de valores y principios con vocación de plena eficacia, tal y como sucede en las Constituciones contemporáneas. Muy simplemente, el reconocimiento de un carácter puramente formal a la Constitución garantizaba la posibilidad de un juicio racional, pero representaba sobre todo un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

Los dos sistemas de control mencionados (el de jurisdicción difusa y el de jurisdicción concentrada) pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema de la *judicial review*, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el tribunal supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los tribunales constitucionales europeos.⁹ Por otra, porque en *los sistemas de jurisdicción concentrada y separada*, orienta-

⁷ F. Rubio habla de “la repugnancia (de Kelsen) a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley”; “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, p.40.

⁸ Véase Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 1960, trad. de R.Vernengo, México, UNAM, 1986, pp. 232 y ss.

⁹ En adelante, para referirnos al juez de las grandes cuestiones constitucionales (se configure como un Tribunal Constitucional separado de la organización de la jurisdicción ordinaria, o como un Tribunal Supremo inserto en el esquema de la jurisdicción ordinaria) utilizaremos la expresión *juez constitucional*.

dos al control del texto legal por el juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede sustraerse a la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones.¹⁰

Esta tendencial unificación de los sistemas de control permite abordar de manera unitaria una cuestión que, tanto conceptualmente como en la práctica, aparece como crucial: la de los límites de la justicia constitucional; especialmente los que la separan de la acción democrática o política.

II. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Con independencia de las particularidades que afectan a la concreta configuración de sus competencias en cada sistema, la justicia constitucional (ya se articule a través de un Tribunal Constitucional o a través de un sistema de jurisdicción difusa que culmine en el Tribunal Supremo) está sometida a unos límites. Estos límites son los que derivan de la distinción entre juicio de constitucionalidad y decisión política democrática que puede ser reformulada como sigue: *la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene, frente a la constitución, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir*. La distinción, por lo demás, no expresa un simple tecnicismo, sino que está estrechamente vinculada al modo en como se conciben las relaciones entre Constitución y ley, relaciones que en línea de principio podrían configurarse conforme a dos modelos: el modelo *constitucionalista* o *judicialista* y el modelo *democrático* o *legalista*.

¹⁰ Precisamente por esa inevitable extensión de la justicia constitucional a la jurisdicción ordinaria, hay quien sostiene que el Tribunal Constitucional “representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la constitución a los jueces ordinarios”, Prieto, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en Moreno, J. D. (ed.), *Derecho y proceso. Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, p. 205.

Según el primer modelo (constitucionalista o judicialista), la Constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución. En otras palabras, la Constitución pretende determinar en gran medida *qué* debe mandarse; es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y si puede denominarse también *judicialista* es porque en él son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el juez constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la Constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

De acuerdo con el segundo modelo (democrático o legalista), la Constitución se limita a fijar las reglas del juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo. En otras palabras, la Constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Si este modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador —en expresión del principio democrático— puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. Y si este modelo puede denominarse también *legalista* es porque en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la Constitución sólo aparece como posible; o sea, es el legislador democrático quien determina qué normas presiden un sistema político-histórico concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebase el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite.¹¹

¹¹ Véase Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, 5a. ed., trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 2006, pp. 150-152; Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, pp. 55 y ss.;

Aunque los dos modelos descritos son conceptualmente plausibles, el compromiso con la dignidad democrática de la ley supone (e impone) optar por el segundo, pues si se opta por el primero acaso pueda tenerse un sistema más jurídico, pero también menos democrático. Insistimos, pues, en lo que más arriba se afirmó: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, sigue teniendo en los sistemas constitucionales una autónoma razón de ser. Y de ello deriva una consecuencia clara para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional: la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del juez constitucional no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; *no es, por tanto, la de fijar la mejor ley desde la perspectiva constitucional*, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables, y de ahí su caracterización usual como “legislador negativo”. Por eso, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el juez no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador y mucho menos sugerir o directamente imponer a éste una opción política determinada. En pocas palabras, *el Tribunal Constitucional no debe influir en la dirección política del país*.

En resumen, pues, el principio democrático, que es la esencia del poder constituyente que instituye los poderes e instaura un “coto vedado” como límite a la acción de los mismos, exige que la justicia constitucional se asiente sobre la separación entre el *juicio de constitucionalidad* de las leyes o de otros actos de poder, que compete al juez constitucional, y la *decisión política* expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático. Y esta separación obliga al juez constitucional a realizar un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo.

Sin embargo, no siempre resulta fácil mantenerse fiel a estos propósitos; más exactamente, en la práctica resulta complicado que el legislador negativo no termine transformándose en un legislador positivo. Precisamente por eso tiene interés preguntarse si, más allá de las apariencias, la justicia constitucional se ajusta, en su modo de funcionar, a esa caracterización. A estos efectos, y aunque la andadura de cada concreto sistema

de justicia constitucional merecería un juicio particularizado, me ceñiré aquí, por razones obvias, al caso español.

En España, la transformación del juez constitucional en sujeto político creo que resultaba manifiesta en el ámbito del llamado recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, hoy desaparecido,¹² que, en resumidas cuentas, suponía una invitación al Tribunal Constitucional para que aleccionase al legislador acerca de qué modificaciones debería adoptar en sus proyectos de ley a fin de que éstos resultasen constitucionalmente legítimos. Quizás el ejemplo más paradigmático de esta forma de proceder fue la sentencia 53/1985, del 11 de abril, relativa además a un asunto tan controvertido como fue la despenalización de algunos supuestos de aborto, donde el Tribunal se permitió sugerir medidas o garantías suplementarias cuya omisión hacía inviable el proyecto, convirtiéndose así en colegislador. La sentencia reconocía la constitucionalidad de los supuestos de despenalización, pero fundaba la inconstitucionalidad del precepto en que el legislador no había previsto “las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto” despenalizador.¹³ Así, la falta de previsión de un dictamen médico, en el caso del aborto terapéutico, la ausencia de mecanismos de comprobación del supuesto de hecho, en los tipos terapéutico y eugenésico, así como de medidas que garantizaran la práctica del aborto en las debidas condiciones médicas, fueron los elementos que sirvieron al Tribunal Constitucional para justificar la inconstitucionalidad del Proyecto. En suma, el Tribunal llevó a cabo una argumentación finalista más interesada en evitar el posible uso fraudulento del precepto impugnado que en ceñirse a los estrictos límites del juicio de constitucionalidad.¹⁴ Por ello, los cinco votos particulares que se formularon a esa sentencia fueron conscientes de lo que ello significa-

¹² El control previo de constitucionalidad frente a Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía fue abolido en España en 1985, mediante L. O. 4/1985, del 7 de junio. Véase Pérez Royo, J., “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 137 y ss.

¹³ STC 53/1985, del 11 de abril, FJº12.

¹⁴ Por lo demás, ni siquiera esta argumentación finalista justificaba —por haber sido necesaria para evitar peligrosas lagunas legales— la actuación cuasi-legislativa del TC, pues “una cosa es el Código Penal” —objeto de juicio— “y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables” (voto particular del magistrado L. Díez Picazo).

ba para la posición del propio Tribunal, “cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al Poder Legislativo”.¹⁵

No obstante, la desaparición de aquel recurso previo no ha supuesto la perfecta separación entre justicia constitucional y política. De un lado, porque el principio de interpretación conforme de la ley a la Constitución, que se impone en todas las instancias, da pie a una actuación cuasi legislativa o legislativa a secas en nombre de la justicia constitucional. Así sucede cuando el juez constitucional dicta un pronunciamiento “interpretativo”, pero también (y sobre todo) cuando dicta un pronunciamiento “manipulativo” que arrebatara al legislador sus funciones políticas; y lo mismo sucede cuando el juez ordinario, en su papel de guardián (también) de la Constitución y so pretexto de ese mismo principio interpretativo, “retuerce” intolerablemente el sentido de la ley. De otro lado, la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la política viene propiciada muchas veces por la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes cláusulas abiertas y principios materiales de justicia cuya interpretación es notablemente discrecional.

III. LA INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO

1. Interpretación conforme y sentencias interpretativas

Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales; se habla de *interpretación conforme* a la Constitución (la *Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana)¹⁶ cuando se interpreta una disposición o texto legal de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto legal, discriminando

¹⁵ Voto particular de los magistrados A. Latorre y M. Díez de Velasco.

¹⁶ Sobre el principio de interpretación conforme, véase, para la doctrina alemana, Zippelius, R., “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976, vol. II, pp. 108 y ss.; para la doctrina española véase Jiménez Campo, J., “Interpretación conforme a la Constitución”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero —nótese—, en el ámbito de las *interpretaciones plausibles* de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley estará ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas.

Pues bien, las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el *principio de conservación de las leyes* (*rectius*: de los textos o disposiciones legales), acogido plenamente por nuestro Tribunal Constitucional¹⁷ y directamente relacionado con el principio de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. En virtud de dicho principio, cuya obligatoriedad se vincula a la primacía constitucional, un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan así la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes.

En palabras del Tribunal Constitucional español son sentencias interpretativas “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”.¹⁸ Lo que con ello se señala es que existen otras posibilidades de interpretar la ley, diferentes de la rechazada, y que de acuerdo con esas otras interpretaciones *plausibles* —que la sentencia proporciona— la ley resulta compatible con la Constitución. Dichas sentencias son, pues, el resultado de una interpretación (a veces notablemente forzada) que evita la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

¹⁷ Véase STC 77/1985, del 27 de junio, FJ^o4.

¹⁸ STC 5/1981, del 13 de febrero, FJ^o6. Sobre la forma de las sentencias interpretativas en el TC, véase Ezquiaga, F. J., *La Argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, pp. 111 y ss.

Las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero *sustancialmente estimatorias* de la misma. Esto es así porque en ellas se determina qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional¹⁹ o cuáles deben rechazarse,²⁰ y de este modo se delimitan (en el primer caso) o directamente se señalan (en el segundo) las interpretaciones de la ley constitucionalmente inaceptables; es decir, se circunscriben las posibilidades interpretativas del precepto legal impugnado o cuestionado. Pues bien, aun cuando las sentencias interpretativas puedan ser consideradas consustanciales al ejercicio de cualquier función jurisdiccional,²¹ mediante esta técnica el Tribunal Constitucional desempeña una función más propia de un tribunal supremo y no exenta en muchos casos de polémica, por el riesgo que entraña de imponer, so pretexto de la interpretación conforme a la Constitución, la *mejor interpretación* de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Actuando de este modo el tribunal constitucional invade claramente las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues deja sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial. Pero además, y sobre todo, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de sus sentencias y la naturaleza “legisladora” de las mismas, al imponer la mejor interpretación de la ley puede decirse que el Tribunal Constitucional realiza una tarea cuasi legislativa.²²

¹⁹ Por ejemplo, aquellas que declaran que un precepto “no es inconstitucional, siempre que se entienda que...” (STC 11/1981, del 8 de abril); o que “sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que...” (STC 14/1981, del 29 de abril); o que no es contrario a la Constitución “en cuanto no sea interpretado en contradicción con...” (STC 37/1981, del 16 de noviembre) o “interpretado en los términos...” (STC 237/1992, del 15 de diciembre) o “en la interpretación acorde con...” (STC 204/1992, del 26 de noviembre).

²⁰ Por ejemplo, aquellas que declaran que una disposición “es inconstitucional... interpretada como...” (STC 22/1981, del 2 de julio); o que “no puede ser interpretada en el sentido de que...” (STC 34/1981, del 10 de noviembre).

²¹ En este sentido Rubio, F., “Sobre la relación del Tribunal Constitucional...”, *cit.*, nota 7, pp. 35 y ss.

²² Además, que el Tribunal Constitucional era consciente de estas consecuencias lo prueba una de sus primeras decisiones donde, tras afirmar que las sentencias interpretativas representan “un medio lícito aunque de muy delicado y difícil uso”, añade —justamente para rehusar su utilización— que “el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, *no legislador*, y sólo cabe solicitar de él, el pronunciamiento

En conclusión, los límites que separan la *interpretación conforme* de la *mejor interpretación* resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado (aunque en la práctica no siempre es así) por un permanente ejercicio de *self-restraint*.

Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional puede terminar imponiendo una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasan así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas.

2. Sentencias manipulativas

Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el juez constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: a) *manipulando el texto* de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido); o bien b) *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la Constitución. Aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele usarse la expresión *sentencias manipulativas* —acuñada por la doctrina italiana—²³ para el segundo supuesto; es decir, para los casos en que el Tribunal constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

sobre adecuación o inadecuación de los preceptos de la constitución”, STC 5/1981, del 13 de febrero, FJ^o6. La cursiva es mía.

²³ Véase Pizzorusso, A., “Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol.

Así caracterizadas, las sentencias manipulativas son en realidad un caso particular de pronunciamientos interpretativos, pues a través de ellas se *excluye* cierta interpretación de la ley y se *impone* otra. La interpretación aquí puede recaer, bien sobre el *programa normativo* del precepto (sentencias sustitutivas), o bien sobre su *ámbito de aplicación*, que tras la interpretación resulta reducido (en cuyo caso se habla de sentencias reductoras) o ampliado (en cuyo caso se habla de sentencias aditivas). Más precisamente, las sentencias *sustitutivas* consisten en sustituir una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado por otra que sólo forzosamente puede decirse que deriva del mismo pero que resulta acorde con la Constitución. Las sentencias *reductoras* consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la Constitución: tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal.²⁴ Las sentencias *aditivas* consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.²⁵ En los tres casos podría decirse que, en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Tribunal Constitucional rebasa los límites de la interpretación confor-

I; y Zagrebelsky, G., *La Giustizia Costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 296 y ss.

²⁴ Un ejemplo de sentencias *reductora*, del Tribunal Constitucional español es la 5/1981, dictada a propósito de la impugnación de los artículos 34.3 b y 34.2 de la LOECE, que establecen un determinado régimen para los centros educativos. El Tribunal estimó que estos preceptos son inconstitucionales en cuanto se refieran a “centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”; no lo son en cuanto se refieran a “centros privados no sostenidos con fondos públicos”. De manera que, tras la interpretación, la norma legislativa sólo se considera aplicable a los centros privados no financiados con fondos públicos.

²⁵ Son ejemplos de sentencias aditivas del Tribunal Constitucional español la 116/1987, que extiende el régimen jurídico establecido para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936 a los que lo hicieron con posterioridad; y la 222/1992, que hace extensible a quien hubiere convivido con otro de modo marital el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de una vivienda que la ley concedía al cónyuge superviviente; es decir, extiende a las parejas de hecho (*more uxorio*) los derechos que la ley concede a los matrimonios.

me arrogándose competencias del Poder Legislativo. Pero esta actuación paralegislativa es particularmente notoria en las sentencias aditivas.

Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la *inconstitucionalidad por omisión*: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que *no dice*; es decir, “en la medida en que no prevé” algo. Si puede decirse así, una sentencia aditiva estima inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, esa regulación que falta. Por ello podría definirse una sentencia aditiva como aquélla que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional.²⁶ Lo que suele perseguirse con esta actuación es garantizar *el principio de igualdad*, presuntamente vulnerado por una interpretación no expansiva, sino estricta, del precepto.²⁷ Pero está claro que en estos casos el juez constitucional también podría salvar la igualdad simplemente anulando el texto legal. Si en vez de eso opta por hacerlo extensible al grupo discriminado (sentencia aditiva) es porque considera que la simple anulación del precepto *in toto* puede ocasionar perjuicios inmediatos para todos aquéllos a quienes el precepto otorga derechos.²⁸

²⁶ Sobre las sentencias aditivas en el derecho español, véase Díaz Revorio, F. J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001; Fernández, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998; Villaverde, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

²⁷ En efecto, puede haber cierta proclividad a las sentencias aditivas cuando está en juego el principio de igualdad. En estos casos, el TC puede optar entre declarar directamente la inconstitucionalidad de la ley o hacerla extensible al grupo discriminado. La opción por el segundo supuesto —sentencias aditivas— puede venir explicada por el hecho de que el TC considere que si el legislador ha dado cierto tratamiento a un grupo de ciudadanos es porque lo ha considerado adecuado en virtud de un determinado valor de la Constitución; en consecuencia, extiende ese tratamiento a todos los que se encuentran en la misma situación. Véase L. Elia, “Constitucionalismo cooperativo, Racionalidad y Sentencias Aditivas”, *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 77 y ss.

²⁸ Véase Rubio, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 1988, p. 36. En el mismo sentido Modugno, F., “I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizione in sede di giustizia costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1989, p. 39.

Aun cuando esta clase de sentencias se dicten para salvar la igualdad, es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional actúa como un auténtico *legislador positivo*, pues *crea* una norma nueva que es ley para los aplicadores del derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Es más, precisamente el hecho de que el juez constitucional “no considere adecuado o conveniente” anular el precepto legal impugnado (y en vez de eso dicte una sentencia aditiva) muestra claramente que está haciendo valoraciones políticas. Ahora bien, esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Tribunal Constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. En efecto, puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio y las previsiones económicas que muchas veces son necesarias para su satisfacción. Esta regulación es necesaria para evitar que el ejercicio de los derechos se desborde más allá de lo previsto y querido por esa doctrina constitucional, pero el Tribunal Constitucional no puede hacerla. Si puede decirse así, el Tribunal Constitucional es un órgano “torpe” para legislar positivamente, pues no puede —o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador— establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Las sentencias manipulativas en general y las aditivas en particular sólo parecen admisibles cuando crean o producen normas constitucionalmente *exigidas*,²⁹ o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia obedezca a la necesidad de proteger algún bien o valor constitucional y, además, no exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa integración legislativa la lleve a cabo el juez constitucional o el legislador. Por el contrario, cuando falta alguno de estos requisitos, y en particular cuando existen varias posibilidades legislativas para eliminar la inconstitucional-

²⁹ Se trata de lo que la doctrina italiana denomina sentencias *a rime obbligate*. véase Crisafulli, V., “Relazione generale”, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bolonia, 1978, p. 84. Asimismo, Zagrebelsky, G., *La Giustizia Costituzionale*, cit., nota 23, p. 304.

lidad, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatarse al legislador su libertad de configuración normativa. Por lo demás, los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son exigidas, podrían solventarse dictando una sentencia de *mera inconstitucionalidad* (o de *inconstitucionalidad sin nulidad*), mediante la cual se declara la inconstitucionalidad de la ley pero no se anula ésta, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Tribunal Constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley. Actuando de este modo se respeta, por así decirlo, el principio “a cada uno lo suyo”: el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley (que es su función); y la producción de la nueva norma se deriva al legislador (que es el órgano que ostenta la legitimidad democrática).

En suma, los pronunciamientos manipulativos revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico por vía del control de constitucionalidad. Pero se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un *self-restraint* del Tribunal Constitucional; antes al contrario, a través de estos pronunciamientos éste sobrepasa los límites de la interpretación conforme, al suplantar lisa y llanamente al legislador. En esta medida, las sentencias manipulativas violentan el principio democrático y el de separación de poderes en los que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos.³⁰

3. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional

Más allá de los cuestionables pronunciamientos manipulativos e interpretativos, la intromisión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo.

³⁰ Véase Rubio, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *cit.*, nota 28.

En efecto, cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente formalizados, su interpretación no ofrece demasiados problemas. Sin embargo, las Constituciones actuales contienen muchos preceptos que padecen de una escasa formalización; es más, muchos de ellos son tan solo la positivación de principios y juicios de valor, de manera que su significado está altamente indeterminado. Esta indeterminación hace que el juicio de constitucionalidad de la ley sea notablemente discrecional. En algunos casos tan discrecional, que pareciera que el juez constitucional viene irremediabilmente abocado a convertirse en un sujeto político.³¹

La indeterminación constitucional está detrás de algunas actuaciones políticas del Tribunal Constitucional que, o bien contienen recomendaciones al legislador, o bien fijan de manera discutible el significado de un concepto esencialmente controvertido. En algunos casos, en efecto, ante la duda sobre el significado de la Constitución en un determinado punto, y ante la duda por tanto sobre si la ley cuestionada respeta el ámbito de posibilidades políticas permitidas por la Constitución, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley, pero acompaña a su declaración una *recomendación al legislador* a fin de que en el futuro reforme la ley ajustándola a la *mejor interpretación* de la Constitución que establece la sentencia. Es evidente la carga de autoridad que acompaña a esta recomendación, por lo que es muy probable que el legislador termine atendiendo esa sugerencia y reformando la ley.³² De otro lado, cuando la indeterminación tiene que ver con principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia, aborto, rechazo de tratamientos médicos en situaciones de urgencia vital, etcétera) es posible no ya que el juez constitucional haga una recomendación al legislador, sino que *fije direc-*

³¹ Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas constitucionales más o menos vagas o ambiguas; véase Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Juan Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1998.

³² Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos en el derecho español lo constituye la STC 108/1986. Se impugnaba la ley que preveía la elección parlamentaria de los vocales del Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional entendió que ese sistema de elección no era contrario a la constitución, por lo que no procedía declarar su inconstitucionalidad; pero al propio tiempo indicaba que un sistema alternativo (en el que en la elección de los vocales participasen el Parlamento y el Poder Judicial) sería “más conforme” a la Constitución.

tamente (de manera “intolerable” desde la perspectiva del principio democrático) el significado de esos principios o valores.

En todo caso, el problema de la indeterminación constitucional tal vez podría salvarse sin necesidad de que el juez constitucional desempeñe funciones políticas. En concreto, como en una *cuestión constitucional esencialmente controvertida* es muy posible que las dos partes enfrentadas (la mayoría creadora de la ley y la minoría que impugna la ley) esgriman argumentos atendibles, el juez podría adoptar una *solución intermedia*, consistente en declarar válida la ley pero dejando abierta la reversibilidad de su decisión: por si surgieran nuevos datos (por ejemplo, acerca de las valoraciones sociales dominantes a propósito de valores constitucionales controvertidos) que ayuden a esclarecer la cuestión, o por si cambiaran las propias valoraciones sociales. Se trata pues de que, por razones democráticas y habida cuenta la duda, es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría: o sea, declarar válida la ley (al menos por el momento) pero reconociendo que los argumentos que invocó la minoría tienen peso suficiente como para dudar. Si se quiere, se trata de atribuir al juez constitucional la función de “árbitro” de las cuestiones constitucionales esencialmente controvertidas, estableciendo simplemente los puntos a partir de los cuales las partes políticas y sociales enfrentadas deben discutir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva.³³ Sólo este tipo de actuación se mostraría verdaderamente respetuosa con el principio democrático.

IV. OBSERVACIONES FINALES

1. *Argumentos contra el control de constitucionalidad*

En los últimos años ha vuelto a cobrar actualidad, tanto en América como en Europa, el viejo debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional. Algunos de los argumentos que se esgrimen en su contra traen causa del gran poder discrecional (y por tanto “político”) que ejerce el juez constitucional, sobre todo cuando las cuestiones de constitucionalidad afectan a conceptos esencialmente controvertidos, y las comentadas

³³ Véase este planteamiento en el excelente trabajo de Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997.

actuaciones políticas de la justicia constitucional no han hecho sino reforzarlos. Pero otros argumentos van directamente contra la propia idea de supremacía constitucional y se sustentan en la tesis de que *las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras*. Esta es la objeción fundamental a la que se enfrenta la justicia constitucional, que en los Estados Unidos se verbaliza con la expresión, acuñada por Alexander Bickel, de la *dificultad contra-mayoritaria*.³⁴

Los dos tipos de argumentos están conectados, pues esta segunda objeción es tanto más importante cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad que permita el tipo de Constitución de que se trate; es decir, cuanto mayores dudas interpretativas plantee el texto constitucional. Por eso, Constituciones cargadas de normas controvertibles en esencia propician más la discrecionalidad y hacen por tanto más grave la objeción antidemocrática. Si una ley que regule la eutanasia es invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida que la Constitución protege, tendría sentido preguntar quién es el Tribunal Constitucional para imponer su interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. En cambio no habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal Constitucional si éste invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para determinados supuestos; sencillamente porque la interpretación del precepto constitucional que proscribiera la pena de muerte no plantea ninguna duda, y frente a ello no cabe el argumento democrático: el Tribunal Constitucional simplemente ejecuta la Constitución en un supuesto clarísimo.

Justamente como respuesta a la dificultad contramayoritaria se ha propuesto la *tesis de la Constitución procedimental*,³⁵ o más exactamente, de la *lectura procedimental* de la Constitución. La idea que la sustenta puede resumirse como sigue. En un mundo pluralista (en valores) y con un cierto relativismo ético no puede entenderse que la Constitución impone valores objetivos indiscutibles, porque el único valor fundamental es la *igualdad* de todos los hombres, que en el plano de las decisiones colectivas se traduce en la *democracia*, es decir, en la participación de todos en pie de igualdad en las decisiones colectivas. Brevemente, la Constitución

³⁴ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale Univ. Press, 1962.

³⁵ Ely, J. H., es el principal exponente de esta tesis. Véase *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1980.

no impone resultados políticos legítimos, sino que tan sólo insta un proceso legítimo (la democracia) para la adopción de decisiones políticas. Se postula, pues, una lectura democrática (en sentido estricto, procedimental) de todas las disposiciones constitucionales: algunas (la mayoría) se ocupan directamente de establecer cuáles son los órganos y los procedimientos de decisión; otras (las relativas a derechos) tienen como objeto establecer las condiciones que garanticen la igual participación de todos en el proceso democrático. De ahí se deriva una *concepción restrictiva de la justicia constitucional*, según la cual ésta debe limitarse a mantener abiertos los canales de la participación; es decir, sin condicionar la decisión última. En otras palabras, la justicia constitucional debe limitarse a velar porque en el proceso político se respeten todas sus condiciones de legitimidad, lo que en resumidas cuentas conduciría a controlar exclusivamente el respeto de la igualdad y de los derechos políticos, por ser los que constituyen la esencia de la participación y debate democrático.

Esta tesis, sin embargo, resulta objetable, pues es discutible que el respeto de los derechos políticos agote las garantías de participación democrática en pie de igualdad. Por ejemplo, parece claro que la libertad de expresión formaría parte del ámbito de control constitucional, porque se pone al servicio de la democracia; pero ¿y los derechos sociales? Si se responde negativamente estaría olvidándose que los derechos sociales pueden interpretarse también como garantías de ese “mínimo vital” sin el cual la libertad (o la participación libre y sin restricciones) no puede realizarse efectivamente. Pero si se atiende a esta última consideración y se responde afirmativamente ya tenemos un juez constitucional interfiriendo en la política económica y social del país.³⁶

2. *A modo de conclusión*

1. De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que muchos de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, sobre todo por sus fricciones con el legislador democrático, traen causa de la existencia de

³⁶ Sobre ello ha llamado la atención Nino, C. S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989.

Constituciones materiales, cargadas de principios de justicia abiertos e inconcretos y tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional.

2. El propio Kelsen defendía un concepto de Constitución como regulación *formal* de los modos de producción normativa, y en todo caso recomendaba una redacción *detallada* de los preceptos relativos a derechos fundamentales, porque advertía ya los problemas que generaría una Constitución que contuviera principios materiales de justicia: “no es imposible —escribía el autor en *La garantía constitucional de la Constitución*— que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar. Pero entonces, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insostenible. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley”.³⁷ Es verdad que éste es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

3. Ahora bien, la solución de los problemas que generan las Constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una Constitución formal, a lo Kelsen, pues una Constitución así de “descarnada” hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo, de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los derechos y principios de justicia, al expresar valores y fines respaldados en

³⁷ Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, cit., nota 31, p. 143; y *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 33 y 34.

mayor o menor grado por los diversos grupos sociales, posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural.³⁸ Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder (también del legislativo) es necesario concebir la Constitución no ya (o no sólo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurre la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (o una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la Constitución no es la *formal* que establece *quién* decide y *cómo* se decide, sino la *sustancial* que establece *qué* es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

4. Pero la solución tampoco puede consistir en auspiciar Constituciones *de detalle* a fin de que el control de constitucionalidad sea más objetivo o menos discrecional, y ello porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfíxia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la Constitución (o sea, sin que ninguno de los valores constitucionales sea objeto de un sacrificio desproporcionado). Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción *abierta* de las Constituciones de principios es justamente eso: que se traslada (o así debería ser) al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

³⁸ A título de ejemplo, esta virtualidad integradora de las constituciones de principios es destacada por Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, cit., nota 11; y por Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, cit., nota 33.

5. Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, parece que lo único que cabría hacer es diseñar los mecanismos para conjurar los riesgos de “gobierno del juez constitucional”³⁹ y en todo caso pedir de la jurisdicción constitucional un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y de legalidad, por otro. Sólo si esta saludable contención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la Constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa.

Naturalmente con ello no se pretende quitar un ápice de fuerza vinculante a la Constitución. Significa tan sólo que la carta magna, y especialmente su parte material o programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que puedan plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los cuales han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos. Por eso, tal vez no esté de más insistir también en la importancia técnica, pero sobre todo legitimadora, que presenta la *argumentación* en el ámbito de una jurisdicción constitucional que, más que ninguna otra, ha de hacer uso de valores, principios y, en general, normas de contenido sustantivo coincidentes con postulados morales.⁴⁰

³⁹ Así, por ejemplo, desde la defensa de una forma débil de constitucionalismo —que en lo sustancial no comparto— P. de Lora ofrece una propuesta que estimo plausible y sugerente también en un constitucionalismo no débil: exigir que los tribunales constitucionales solo puedan proceder a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes cuando todos sus miembros estén de acuerdo con ello. “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en Laporta, F. (coord.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CECP, 2003, pp. 345 y ss.

⁴⁰ Sobre la importancia de la función legitimadora de la argumentación en el ámbito de la jurisdicción constitucional véase, recientemente, Iglesias, M., “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23, 2000.

LAS SOMBRAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los tribunales constitucionales*. III. *La lentitud de la justicia constitucional*. IV. *La exclusión de la jurisdicción de los tribunales constitucionales de los recursos de amparo*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Jurisdicción constitucional supone la atribución del enjuiciamiento de unas determinadas pretensiones —delimitadas por estar fundadas en derecho constitucional— a unos órganos que están fuera del Poder Judicial.¹ En los ordenamientos jurídicos en que el enjuiciamiento de estas cuestiones se atribuye a tribunales, éstos ejercerán jurisdicción para su conocimiento y decisión; pero no será una jurisdicción independiente. Como tales tribunales, formarán parte del Poder Judicial. Podrá hablarse, en cuanto se articulen unos procesos cuyo conocimiento se atribuya a la competencia de ciertos órganos jurisdiccionales, de un orden jurisdiccional constitucional, como se habla de un orden jurisdiccional penal, civil, laboral o contencioso-administrativo.²

* Catedrático de Derecho procesal, España.

¹ Por mi parte, intenté delimitar los conceptos, tal y como yo los entiendo, en la *Encuesta sobre notas de derecho procesal constitucional*, García Belaunde y Espinosa Solloaga (coords.), México, 2006, pp. 64 y ss. La precisión es necesaria por la diversa utilización del término “jurisdicción” al referirse a la “constitucional”. *Cfr.*, por ejemplo, García Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, pp. 13 y ss., y 129 y ss.

² Así, entre los autores de lengua española, Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, y, por mí, en *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Cívitas, 1980, pp. 75 y ss.

2. Desde que se instauró una jurisdicción constitucional, no faltaron voces que pusieron en tela de juicio su eficacia. No puede ser más significativa la polémica sostenida por Carl Schmitt y Kelsen a finales de la década de los veinte del pasado siglo. Pues, como decía Schmitt, “una expansión sin inhibiciones de la justicia, no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional en una contradicción en los términos”.³ Si la afirmación podría ser válida si los tribunales estuvieran integrados en el Poder Judicial, adquiere especial valor cuando los tribunales están fuera del Poder judicial, y sus componentes, aunque se llamen magistrados, no son jueces, aunque algunos procedan de la carrera judicial.

3. Dada la confianza que, por lo general, se depositó en el sistema concebido por Kelsen, parecían exageradas las afirmaciones de Schmitt. Pero la evolución posterior ha puesto de manifiesto que la desconfianza no estaba muy lejos de la situación a que se ha llegado. Es cierto que, por malo que sea el sistema, siempre será preferible a confiar el enjuiciamiento de los conflictos motivados por las infracciones a la norma constitucional al Poder Legislativo —sobre todo cuando es su actividad la infractora—, y, por supuesto, a un órgano del gobierno. Pero un Tribunal Constitucional en modo alguno gozará de la imparcialidad de un verdadero Tribunal encuadrado en el Poder Judicial, por el matiz político que siempre tienen las cuestiones de constitucionalidad. Salvo que sean los tribunales que integran el Poder Judicial los que ya no ofrecen garantías de independencia e imparcialidad inherentes a un órgano que ejerce la función de juzgar. Situación de desconfianza hacia los jueces que integran el cuerpo de estos funcionarios, que ha llevado a algunos países a atribuir la solución de los conflictos de otros órdenes jurídicos —como el contencioso— a “jurisdicciones” (?) especiales.

Quizás mi pesimismo se debe a que tengo presente la experiencia de mi propio país, en el que siempre los jueces y magistrados han constituido un ejemplo de independencia. Aunque, he de reconocerlo, nuestro sistema judicial, al menos en las instancias superiores, ha perdido mucho de su prestigio.

Es que la politización de la justicia es un hecho evidente, cuando en los juzgadores las ideas políticas llegan a prevalecer, aunque solo sea en mo-

³ *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

mentos determinados, sobre lo que debe ser una interpretación de la norma aplicable de conformidad a los principios generales que informan el ordenamiento. Y, obviamente, esto se da en su grado máximo cuando la cuestión sometida a enjuiciamiento en sí misma tiene un acusado matiz político, como ocurre cuando lo que exige la interpretación de la norma constitucional versa sobre la concreta actuación del gobierno o la administración, o de decidir si un político ha incurrido o no en la comisión de una infracción penal.

II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. Con la atribución de la jurisdicción para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes a un “Tribunal” constitucional, se trataba de “despolitizar” lo que era una cuestión jurídica, lo que encajaba muy bien con la concepción kelseniana del derecho. Cuando la realidad es que, como ya he destacado, al decidir si una ley es o no constitucional, se está decidiendo una cuestión política. No se trata, como ha dicho entre nosotros Fernández Segado, de que haya que decidir por motivos de oportunidad o conveniencia;⁴ sino de reconocer que no estamos ante un control puramente jurídico, sino también político. Lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de seleccionar a los magistrados que integren el “Tribunal”.

2. Creo que, pese a este indudable matiz político que tienen las cuestiones de inconstitucionalidad, un juez, un verdadero juez, con la formación adecuada, puede tener la sensibilidad para, al dictar sentencia —y *sentencia* es una resolución judicial, no una decisión política—, en aplicación de los principios informantes del ordenamiento jurídico —entre los que están los políticos o constitucionales—, ponderar los matices políticos. Éstos que no son los partidistas de cada momento, los que defienden los políticos de turno.

De aquí que sea esencial que los magistrados de los tribunales constitucionales estén rodeados de todas las garantías de independencia e imparcialidad de que gozan todos los jueces. Es evidente que éstos, como todo hombre, tendrán sus creencias y opiniones políticas, aunque no sean hombres de partido, y que siempre les será difícil abstraerse de ellas al dictar sentencia; pero ha de procurarse que el sistema de selección permi-

⁴ *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, p. 1053.

ta que los que van a acceder al Tribunal se acerquen lo más posible a la imagen idónea del juez.⁵ En este sentido, no pueden ser más expresivas las palabras de un profesor universitario al empezar sus funciones en el Tribunal Constitucional de Bolivia. Pablo Dermizaky Peredo se expresaba así:

Los magistrados del Tribunal Constitucional somos profesionales del derecho y, como tales, nuestro razonamiento es básicamente jurídico, sin ignorar las circunstancias políticas y sociales circundantes. Siempre que haya un conflicto inevitable entre lo jurídico y lo político, nuestro deber nos colocará del lado del derecho. Y a quienes les cuesta aceptar la idea de que el Tribunal Constitucional puede invalidar acto del Legislativo, les recordamos las palabras escritas por Alexander Hamilton hace más de dos siglos: “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última, de preferencia a las primeras...”⁶

3. El sistema de selección es fundamental y, sobre todo, el sentido ético de aquéllos sobre los que recae la responsabilidad de la elección, tanto sea el presidente de la República en un régimen presidencialista, en Parlamento en un régimen parlamentario, o el órgano al que estuviera confiado el gobierno del Poder Judicial.

⁵ Quizás nadie lo haya descrito con mayor rigor que el que ha sido, hasta su jubilación, uno de nuestros mejores jueces, quien durante sus últimos años sirvió al Tribunal Constitucional, no dejando de formular votos particulares sumamente elocuentes ante la parcialidad que observaba entre sus colegas. Así, cuando se discutía una Ley sobre la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que, en definitiva, la confiaba al legislativo, en el voto particular formulado a la STC 105/2000. Antes de aprobarse la Ley, otro gran constitucionalista —que llegó a ser presidente del Tribunal Constitucional— dijo que a partir de la Ley, “hablar del Poder judicial en España como poder autónomo es una entelequia y sería negar una realidad que vemos todos los días” (Jiménez de Parga, *El sistema judicial. La ilusión política, ¿hay que reinventar la democracia en España?*, Madrid, 1983, pp. 140 y ss. *Cfr.* Mendizábal, “El sistema judicial en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 30, pp. 363 y ss).

⁶ En *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 2a. ed., Cochabamba, 2005, pp. 32 y ss.

El ejemplo español no puede ser más significativo. Los doce miembros que componen el Tribunal Constitucional son nombrados: cuatro, a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 159.1 de la Constitución). En su mayor parte son nombrados por el Legislativo (8 de 12), exigiéndose un *quorum* tan cualificado que, aunque un partido político lograra la mayoría absoluta, no es concebible que llegue a los tres quintos, lo que obligará a llegar a un acuerdo entre los distintos partidos para alcanzar tal mayoría. Es probable que los redactores de la Constitución pensaran que, con tal procedimiento, coincidieran en elegir a aquellos que, aparte de su ideología, estuvieran rodeados de una aureola de independencia y objetividad, que permitiera confiar en que, al adoptar decisiones, iban a tener en cuenta lo que consideraban una interpretación correcta de la Constitución, fieles a su misión de defensa de los principios informantes de ésta.

Sin embargo, ya en la elección de los miembros del que sería primer Tribunal Constitucional se vio que no era la búsqueda de la imparcialidad e independencia la que iba a ser el criterio que presidiría el chaloneo de las sesiones para hacer las correspondientes propuestas. Se intentó, sin duda alguna, en aquella primera selección y se logró al llegar a un acuerdo para configurar el cuadro de los miembros del Tribunal, sobre todo cuando no había otro remedio.

Recuerdo que en aquel primer momento, los parlamentarios del partido de centro derecha, que tenía una mayoría mínima en las Cámaras, propusieron a la oposición de izquierda un prestigioso profesor, que siempre se había significado por sus ideas y vinculaciones a la extrema izquierda, pero famoso por su más absoluta independencia, en la confianza de que se llegaría a un pacto o un acuerdo. No fue así. No se quería gente tan independiente. Y se acordó un sistema de cuotas, repartiéndose los puestos entre los distintos partidos o grupos, sin duda pensando que la mayoría podría cambiar en la ulterior legislatura, lo que permitiría alterar la composición del Tribunal al procederse a la primera renovación de sus miembros. Evidentemente, por lo general, siempre se procura proponer por cada grupo aquellos miembros que no aparezcan comprometidos o demasiado comprometidos y hasta como independientes. Pero siempre teniendo en cuenta las afinidades.

Es evidente que con este chalaneo siempre saldrá ganando el más vivo o con menos escrúpulos sobre el más ingenuo. Pues lo cierto es que el sistema ha conducido a que, cuando el Tribunal se enfrenta con algunas de las grandes cuestiones políticas, el ciudadano medio sepa de antemano —salvo las sorpresas que a veces se producen— cuál va a ser el sentido de la sentencia.

No puede negarse que existen sistemas peores; pero la realidad no está muy lejos de la que pronosticaba Carl Schmitt en su célebre polémica con Kelsen.

4. Pero el tema de la politización —inevitable siempre— no es el único problema de la jurisdicción constitucional. Al haberse extendido el ámbito de esta jurisdicción más allá de cómo fue concebido por Kelsen y plasmó en el Tribunal Constitucional, el cúmulo de asuntos ha hecho muy difícil que puedan decidirse los procesos en plazos razonables. Del tema, referido al ordenamiento español, me he ocupado últimamente en algunos trabajos.⁷ Pero creo que la situación española no ofrece panorama muy distinto al que ofrecen otros ordenamientos en que confían la protección de los derechos fundamentales a los tribunales constitucionales.

III. LA LENTITUD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. La lentitud de la justicia es un mal endémico de la administración de justicia.⁸ Como ha dicho el Tribunal Constitucional español en STC 26/1983, del 13 de abril, “una justicia tardíamente concedida equivale a un fallo de la tutela judicial efectiva”. Y es que una justicia que tarda en administrarse varios años no es justicia. De aquí que, entre los derechos que figuran en todas las declaraciones de derechos humanos esté el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable, en términos del artícu-

⁷ Así, en “La reforma del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 83 (Curso académico 2005-2006), pp. 335 y ss.; y en *Encuesta: Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, “Teoría y Realidad Constitucional”, Universidad Nacional de Educación a Distancia y Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 18, 2o. semestre de 2006, pp. 11 y ss.

⁸ Así la calificaba Sentis Melendo en “La celeridad de los juicios”, *Revista de Derecho procesal*, Argentina, 2a. parte, 1952, p. 91, y lo ha reiterado la doctrina, que se ha preocupado especialmente sobre el tema, al que me refero en mi trabajo *La tutela judicial*, 3a. ed., Madrid, Cívitas, 2001, pp. 315 y ss.

lo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, que reitera el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada por acuerdo del 7 de diciembre de 2000. En la Constitución, utilizando la misma expresión que el artículo 14.3.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Proscribir las dilaciones indebidas no supone tan solo —y esto también lo ha dicho el Tribunal Constitucional— garantía frente a las demoras producidas por una falta de esfuerzo de los jueces, sino frente a la penuria de los medios, pues —dice el Tribunal Constitucional— excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho (STC 223/1988, del 24 de noviembre).

Pues bien, el Tribunal que debe velar para que no se lesione tal derecho fundamental es su primer transgresor. Si comparamos las cifras de duración media de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional con las estadísticas que al empezar cada año judicial presenta el Consejo General del Poder Judicial en el acto solemne de apertura de tribunales podremos comprobar que en muy pocos tribunales de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales se superan las “dilaciones indebidas” que se producen en el Tribunal Constitucional.

Esto es inadmisibles en cualquiera de los procesos de que conoce el Tribunal. Porque siempre la lentitud es un atentado al valor justicia, y muy especialmente cuando la lentitud —y lentitud exorbitante— es la que se padece en los procedimientos a través de los cuales realiza el Tribunal Constitucional las funciones principales que le asigna el artículo 161 de la Constitución Española: constitucionalidad de las leyes, amparo de los derechos fundamentales y conflictos de competencia.

a) La demora en la decisión de si una norma con rango de ley es o no constitucional supone mantener durante los años en que se concreta la incertidumbre de multitud de situaciones jurídicas derivadas de la ley cuestionada, hasta que una vez pronunciada sentencia con valor de cosa juzgada y publicada en el *BOE* produzca efectos generales.

b) La segunda categoría de procesos ante el Tribunal Constitucional es la de los amparos por violación de los derechos y libertades fundamentales. Basta recordar cuáles son los derechos y libertades que este recurso está llamado a proteger, para comprender la inutilidad de que el recono-

cimiento del derecho o libertad y la adopción de las medidas apropiadas para el restablecimiento del recurrente en su integridad tenga lugar muchos años después de que la lesión se produjo. ¿Es que tiene sentido reconocer que se están sufriendo torturas o tratos humanos degradantes años después de demandar la protección?, o que se está sufriendo un atentado a la libertad ideológica, religiosa y de culto, o que se sufre un atentado al derecho a la libertad, o a la intimidad, o a elegir residencia, o a circular por el territorio nacional, o a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica... derechos que se reconocen en los artículos 15 y siguientes de la Constitución.

Esto no se remediaría porque los procedimientos ante el Tribunal se tramitaran y decidieran en un plazo razonable, según la naturaleza del derecho o libertad lesionados, pues el problema radica en que el amparo tal y como está concebido, como una instancia última después de agotar todos los recursos ante los tribunales ordinarios, no puede constituir nunca la tutela eficaz de los derechos fundamentales.

c) Por último, tampoco es necesario hacer esfuerzos dialécticos para poner de manifiesto las graves consecuencias que ocasiona en el funcionamiento del Estado y Autonomías y de los órganos constitucionales la demora en la decisión de los conflictos entre ellos, que es otra de las funciones que tiene atribuidas el Tribunal Constitucional.

2. Se han propuesto diversas reformas para superar la situación; todas coinciden en lo mismo: aligerarse al Tribunal Constitucional de los asuntos que ante él se tramitan.

Podría cuestionarse el mismo sistema y defender el de jurisdicción constitucional difusa, atribuyéndose a los tribunales y jueces de cualquier otro orden jurisdiccional verificar la constitucionalidad de las normas con rango de ley que sirvan de fundamento a las pretensiones de las partes, como ocurre respecto de la legalidad de las disposiciones de inferior rango. El Tribunal Constitucional quedaría como una última instancia extraordinaria para verificar lo correcto de las decisiones que hubieran podido adoptar los otros tribunales. No obstante, quizás, para seguir lo que es tradicional entre nosotros, parece que tiene sentido mantener lo que se ha llamado sistema europeo.

Respecto de los amparos, las propuestas de reducción han seguido vías distintas. Unas de ellas, que es la adoptada por la reforma en trámite del Tribunal Constitucional español, es excluir aquellos asuntos en que

no se justifique su trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En realidad, queda al criterio de la mayoría de los magistrados de la Sección —y, quizás, en la práctica, en muchos casos al del Letrado del Tribunal correspondiente— decidir sobre la inadmisión. Si tenemos en cuenta que hasta la fecha no ha sido muy respetuoso el Tribunal con el principio de igualdad y ha jugado un papel importante la personalidad del demandante a la hora de decidir los amparos, podemos imaginarnos cómo va a apreciarse la “trascendencia constitucional” para pronunciarse sobre su admisibilidad.

Así lo manifesté al contestar a la encuesta a que antes me referí.⁹

Creo, sin embargo, que la única solución es reducir la jurisdicción del Tribunal al ámbito que originariamente tuvo, confiando la protección de los derechos fundamentales a los jueces y tribunales ordinarios.

IV. LA EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS RECURSOS DE AMPARO

1. La atribución al Tribunal Constitucional de jurisdicción para conocer de las violaciones de los derechos fundamentales no estuvo exenta de oposiciones, en cuanto no respondía al esquema de control de la constitucionalidad concentrado en un Tribunal de superior rango, tal y como fue diseñado por Kelsen.¹⁰ Pero más que por lo que podría suponer apartamiento de un esquema de jurisdicción constitucional, la oposición se fundaba en razones eminentemente prácticas: el ulterior desarrollo de la institución ha puesto de manifiesto el cumplimiento de los temores a que respondían.

Sin duda, fue una enmienda de Lorenzo Martín-Retortillo la que con mayor precisión formuló los graves inconvenientes que supondría esta

⁹ *Encuesta sobre la reforma*, cit., nota 1, p. 25.

¹⁰ Rubio LLorente decía que esta extensión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional no era consustancial ni encajaba fácilmente en el esquema kelseniano al que responde en sus líneas maestras la jurisdicción constitucional en Europa. En “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, incluido después en su libro *La forma del poder (estudio sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, p. 591.

atribución al Tribunal Constitucional de los recursos de amparo. Pueden resumirse así:

- La extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin restricciones, cubriría con creces la necesidad de un control de la actuación de los poderes públicos, como sucede en otros países.
- Tal atribución supondría una carga tal para el Tribunal Constitucional, que le dificultaría ejercer su jurisdicción en aquellas materias que le son propias.
- En consecuencia, es preferible potenciar la jurisdicción ordinaria, superar la inseguridad, la duración, incluso la carestía de los pleitos y buscar fórmulas enérgicas de protección jurisdiccional.¹¹

¹¹ Del texto de la enmienda —así como su intervención en la Comisión— (que figuran integras en su libro *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal Editor, 1984, pp. 195 y ss.), transcribo la parte siguiente, que contiene la argumentación básica:

“Se ha ampliado mucho el margen de conocimiento de lo que pueden abarcar estos tribunales y, desde luego, cuando quede aprobada la Constitución, si se consagra como esperamos y es previsible, el sistema de cláusula general, las posibilidades de indefensión se habrán erradicado de una manera drástica y rigurosa. Pueden, por tanto, los tribunales ordinarios cubrir con creces este tipo de necesidades, este tipo de exigencias, como sucede en otros países, como sucede, por ejemplo, con el que en México se llama recurso de amparo, y en otros ordenamientos jurídicos.

Pero, junto a éstas, hay un segundo orden de consideraciones que muy brevemente y para terminar quiero someter a la consideración de los señores Senadores, y es el de que hay que ponderar también cuál va a ser la carga y el cometido de las actuaciones del Tribunal constitucional porque muy frecuentemente se organizan los Tribunales y el legislador no ha parado mientes en cuál va a ser la ocupación ordinaria y habitual de los Tribunales que se regulan.

Por imperativo constitucional, si el texto se aprueba tal y como se prevé, serán sólo doce los Jueces que hayan de cubrir las misiones que al Tribunal constitucional se atribuyen y hasta ahora resulta que este Tribunal habrá de conocer de todo el tema de la inconstitucionalidad de las leyes, tanto leyes del Estado como leyes de las regiones; habrán de conocer del control de los Reglamentos y actos administrativos de las regiones en sus posibles suspensiones por el poder central; habrá de conocer de otras competencias que se prevén y, además, habrá de conocer de los recursos de amparo por violaciones de derechos individuales.

Pienso que se puede obturar con facilidad el funcionamiento de un Tribunal recargándolo, haciendo que se acumule el papel, y haciendo, en definitiva, que sea ineficaz. Este es un riesgo sobre el que quiero llamar la atención, con la particularidad de que en la experiencia de los Tribunales constitucionales, tal y como vienen existiendo en los Últimos años, hay un dato evidente y un aspecto que se destaca: el cómo perturba, en la práctica de los Tribunales constitucionales, el conocimiento de los juicios penales o el conocimiento de lo que serían juicios contencioso-administrativos. Recordaré, por ejemplo, cómo

Pero no fue el único constituyente que manifestó sus dudas. El también senador Angulo Montes formuló, asimismo, una enmienda *in voce* ante la comisión aduciendo otra razón: “la conflictividad presumiblemente derivable de la concurrencia en identidad de materia de dos jurisdicciones que deben mantenerse como corresponde a su distinta naturaleza: judicial y ordinaria la una, constitucional y política la otra”. Además insistía en la necesidad de “evitar que se desnaturalice —el Tribunal Constitucional— por exceso de competencias”.¹²

Aunque la doctrina acogió favorablemente esta posibilidad de amparo, no faltaron quienes consideraron prudentes y acertadas las enmiendas formuladas en contra. Como Fernando Garrido Falla, que, al comentar el artículo 53, decía:

Con su característico buen sentido jurídico, demostrado en sus frecuentes intervenciones, el profesor I. Martín-Retortillo defendió ante la Comisión de Constitución del Senado la pura y simple supresión del recurso de amparo. Sus argumentos, desde el punto de vista jurídico, eran irrefutables: si actualmente se establece una jurisdicción contencioso-administrativa sin restricciones, basada en la cláusula general ¿qué queda para un recurso de amparo que ha de ser tramitado y resuelto nada menos que por el Tribunal Constitucional?

Su enmienda no prosperó y aquí comienzan los problemas para el intérprete; porque ¿tendrán la suficiente imaginación los redactores de la futura ley para conseguir instrumentar una vía jurídica que no se solape con las ya existentes y que permita al Tribunal Constitucional dedicarse al resto de sus cometidos?

Hay que reconocer que en éste, como en otros casos, ha sido la “magia” del nombre la que ha llevado a esta solución constitucional, así como dos

mo en el sistema italiano, en el que el enjuiciamiento de los altos Magistrados del Estado se difiere al Tribunal constitucional, ha bastado con que dos Ministros quedaran implicados en el «affaire» Lockheed para que el Tribunal constitucional quedara paralizado casi un año.

¿Qué será este recurso de amparo ante el Tribunal constitucional? ¿Será un recurso de lo civil? ¿Será un recurso de lo penal? Entiendo que todo esto perturba considerablemente la situación. Por ello, se postula y se defiende esta enmienda, manteniendo que desaparezca el amparo ante el Tribunal constitucional”.

¹² El texto de la enmienda, en el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, del 29 de septiembre de 1978.

precedentes (uno histórico, y otro de derecho comparado) cuyo análisis detenido por supuesto no se hizo en las Cortes.¹³

Las enmiendas, sin embargo, produjeron un efecto: dieron lugar a que se introdujera en la redacción primitiva la expresión “en su caso”. Según la redacción primitiva, los ciudadanos podrían “recabar la tutela... ante los tribunales ordinarios en un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Con arreglo a la enmienda solo podrían acudir al Tribunal Constitucional “en su caso”. Y, congruentemente, el artículo 161.1.b de la LOTC, atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer “de los recursos de amparo... en los casos y forma que la ley establezca”.

La expresión introducida en el artículo 53 de la Constitución ha dado lugar a posiciones contradictorias. Y en alguna de ellas se pretende amparar la reforma del Tribunal Constitucional sin necesidad de reformar la Constitución.

Como garantía última de los derechos fundamentales, la Constitución instauró el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero para llegar a él, hacía falta: si la violación era originada “por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho” de órganos políticos o administrativos, haber agotado la vía jurisdiccional precedente (artículo 43.1, LOTC); si la violación tenía su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, agotar todos los recursos utilizables en la vía respectiva (artículo 44.1. a), LOTC).

Bastaría tener en cuenta el tiempo que requiere agotar la vía judicial y los recursos utilizables ante el orden jurisdiccional correspondiente para demostrar la ineficacia de lo que pretende ser una protección de los derechos más fundamentales de la persona.

No obstante, ante lo atrayente de la novedad de la institución, fueron muchos los que acudieron al Tribunal recién creado con la esperanza de que se les hiciera justicia cuando ésta no la habían obtenido ante los jueces ordinarios, o cuando eran éstos los que la habían conculcado en los procesos para los que tenían jurisdicción. Y más cuando se comprobó que, al empezar de nuevo y no tener el atasco de recursos pendientes, se lograba sentencia en plazos bastante razonables, y hasta que fuera fre-

¹³ Cfr. *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, Cívitas, 2001, p. 983.

cuentemente favorable, sobre todo cuando el supuesto violador de los derechos había sido un juez o tribunal, ya que aquel tribunal constitucional quería dar lección de administrar justicia a una judicatura heredada del antiguo régimen, para demostrar cómo se hacía justicia en el Estado social y democrático de derecho. Frente a la rigidez y formalismo que imperaba en los recursos judiciales se hacía gala de flexibilidad en el acceso al amparo.

Naturalmente, ocurrió lo que tenía que ocurrir. Y llegó un momento en que no había forma de convencer a un cliente que había agotado todos los recursos ante los tribunales en su demanda de justicia, de que no podía ser más descabellado acudir al amparo previsto para supuestos muy concretos, que no se daban en su caso. Siempre conocían algún amigo que había logrado ganar un amparo ante el tribunal constitucional.

Éste se vio desbordado con amparos que no tenían razón de ser. Pero también con algunos muy fundamentados. El resultado está a la vista en las estadísticas: el tan vilipendiado formalismo de los jueces fue ampliamente rebasado por el tribunal constitucional. Las cifras de inadmisibilidades son espeluznantes. No puede ser más aleccionador el examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional desde aquellas primeras sentencias hasta las de hoy. Yo lo he hecho. Y no puede ser más llamativa la contradicción.

Lo que para aquellas primeras sentencias constituían flagrantes atentados al derecho a la tutela judicial en que habrían incurrido los órganos del Poder Judicial, ahora han pasado a ser leves defectos que, si han ocasionado indefensión al justiciable, ha sido debido a la falta de diligencia de los justiciables o de sus abogados, por lo que en modo alguno pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones que solo conducirían a repetir procesos inútiles por prejuzgados. Muchos son los ejemplos sangrantes que podrían citarse. En la línea del formalismo se ha llegado a tales niveles que hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a su prudencia, ha llegado en más de una ocasión a condenar al Estado español por estimar que sus tribunales habían lesionado el derecho a la tutela reconocido en el Convenio de Roma, y al Tribunal Constitucional por haber confirmado las sentencias y no haber concedido el amparo.

Lo más grave es la arbitrariedad con que se aplican los criterios sobre inadmisibilidades.

2. La improcedencia de mantener el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se pone de manifiesto por las siguientes razones:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales debe confiarse a los jueces y tribunales, a esos jueces y tribunales que, según el artículo 117, CE, integran el Poder Judicial y se confía la función de administrar justicia. Será necesario arbitrar un proceso sumario idóneo, tal y como impone el artículo 53.2 CE; pero ante los tribunales ordinarios. Y no hay razón para que cuando sean jueces o tribunales los que lesionen un derecho fundamental no sean jueces y tribunales los que velen por su protección a través de los recursos que, en su caso, se establezcan. No hay razón alguna para que, por encima del Tribunal Supremo, que es el superior en todos los órdenes, según el artículo 123.1 CE, exista un órgano que controle y revise su actuación y la de los otros de inferior jerarquía. No tiene sentido la desconfianza hacia los jueces y magistrados que ha estado latente, al menos en un principio, en la actuación del Tribunal Constitucional.

Fue esta desconfianza la razón decisiva de la atribución de esta jurisdicción al Tribunal Constitucional, como reconoció uno de sus primeros presidentes, Tomás y Valiente: “hubiera sido un grave error confiar en 1978 —dice—, con la composición personal que entonces tenía el Poder Judicial y más en particular el Tribunal Supremo, la protección *última* (la cursiva es del autor) de los derechos fundamentales a los tribunales ordinarios”.¹⁴ No tenía sentido entonces esta desconfianza. Y menos tiene sentido ahora.

b) Por exquisito que sea el cuidado con que el Tribunal Constitucional ejerza las funciones que actualmente tiene atribuidas en orden a la protección de los derechos fundamentales frente a las violaciones que tuvieran su origen en acto u omisión de un órgano judicial, por grande que sea el celo a la hora de limitar la jurisdicción del Tribunal Constitucional a sus justos límites, los conflictos son inevitables. Como así ha saltado frecuentemente a los medios de comunicación, habiendo dado lugar a reuniones de los presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y hasta que se haya llegado a pedir que se apelara al jefe del Estado como árbitro y moderador del regular funcionamiento de las instituciones, como establece el artículo 56.1, CE.

¹⁴ En el prólogo al libro de Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, p. 6.

Y esos conflictos, ¿por qué? ¿Por qué tan solo un ínfimo número de amparos llegan a buen fin y logran reparar, aunque muy tardíamente, alguna injusticia? Mientras, tantos y tantos quedan sin reparar.

c) Si se estima que cuando se vulnera un derecho fundamental como el derecho a la tutela judicial, requiere una protección especial, que se arbitren, dentro de los procesos ordinarios ante cada orden jurisdiccional, recursos también especiales y sumarios, pero dentro del Poder Judicial.

d) Existe otra razón evidente que no justifica el mantenimiento del amparo ante el Tribunal Constitucional. Como he señalado anteriormente, la práctica ha puesto de manifiesto la escasa o nula objetividad con que se enjuicia la admisión de los recursos. Y precisamente ha sido con motivo de estos amparos que lograron, no solo superar la barrera de las inadmisibilidades, sino que llegaron a ser estimados en plazos inusitados, anteponiéndose a otros muchos en que la decisión se requería con mayor urgencia, cuando con más frecuencia han surgido los conflictos. Y, por lo general, el Tribunal Supremo tenía razón al denunciar una invasión de su competencia.

Todo esto, sin tener en cuenta, por otro lado, los criterios no menos discriminatorios con que se decide, además de la admisión de los amparos, la suspensión de la ejecución de sentencias penales a las que nada se puede reprochar.

e) En realidad, con una buena regulación de las vías procesales para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios resultaría innecesario el amparo ante el Tribunal Constitucional. Como dice Javier Delgado-Barrio en el discurso de apertura de Tribunales del año 2000, “una normativa que cubriese todos los supuestos de violación de aquellos derechos atribuible al juez, podría implicar para ellos la innecesariedad del amparo”.¹⁵ Ciertamente falta esa normativa, y la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios ofrece notables deficiencias. Pero estas deficiencias se superan reformando el sistema, no con un amparo ante el Tribunal Constitucional, después de agotar las vías judiciales, con las mismas o peores deficiencias. Porque, a la duración excesiva de los procedimientos para resolverlos, se une la práctica viciosa de acudir al remedio de las inadmisibilidades. Es cierto que la mayor parte de éstas están más que

¹⁵ El discurso lleva el título de *Del modo de arreglar la Justicia*, Tribunal Supremo, 2000, p. XLI.

justificadas; pero existen otras —y en número considerable como he indicado— que no obedecen a otra razón que a defenderse de lo que un magistrado del propio Tribunal ha calificado como “inundación de recursos de amparo”. Y *los trámites de admisión*, según confesión del mismo magistrado —y esto es importante destacarlo—, *agotan más de la mitad de su tiempo*, que, dedicado a la decisión de las cuestiones propias de un Tribunal Constitucional, permitirían que éstas se resolvieran en plazos prudenciales, o, al menos, más razonables.

En definitiva, como antes señalé, se han cumplido con exceso las previsiones que se reflejaron en las enmiendas que se formularon en el procedimiento constituyente y en las que, tan acertadamente, insistió Fernando Garrido.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA. ALCANCE Y CONTENIDOS

Oswaldo Alfredo GOZAÍNI*

SUMARIO: I. *Bases doctrinarias.* II. *Nociones generales.* III. *El derecho procesal constitucional: ¿rama o ciencia autónoma?* IV. *Ubicación de la ciencia.* V. *Autonomía científica.* VI. *Contenidos del derecho procesal constitucional.* VII. *Los procesos constitucionales.* VIII. *Desarrollo del derecho procesal constitucional.* IX. *La doctrina.*

I. BASES DOCTRINARIAS

La ciencia procesal constitucional se explica a partir de la relación que existe entre el proceso y la Constitución; vale decir, cómo se aplican las garantías judiciales de la norma fundamental en los procesos entre partes.

Sin embargo, la simplificación es incorrecta, porque más allá de observar que en cualquier controversia particular siempre hay un conflicto entre derechos que se desprenden de la Constitución, también hay perspectivas diferentes.

En América, por ejemplo, es más importante el estudio de los procesos constitucionales y de las facultades que tienen los jueces que actúan en ellos; mientras que en Europa, la preocupación se inclina hacia la investigación de los límites y poderes de los tribunales constitucionales. Uno se ocupa de las garantías procesales en el proceso bilateral; el otro enfoca la dimensión de la actividad normativa que puede desnaturalizar la tutela de los derechos fundamentales. Pareciera que el interés por de-

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

sentrañar consiste en saber cuánto puede hacer el juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto, frente a la potestad del Tribunal concentrado en una única actividad de aplicar la ley y resolver si ella es o no constitucional.

El segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque en definitiva, ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

Zagrebel'sky sostiene que el Tribunal Constitucional no tiene una misión política, sino social, porque tiene que ser colocada en la línea de tensión entre las exigencias "objetivas" del gobierno (del cual el derecho objetivo es la manifestación formal) y las exigencias subjetivas de tutela de las propias expectativas concretas.¹

Esta idea se distancia de la tradicional polaridad que generó la creación de los tribunales constitucionales, donde el conocido ensayo de Hans Kelsen (*La garantía jurisdiccional de la Constitución*, 1928) sustentó que el mejor sistema para evitar la desconfianza en los jueces tradicionales era la creación de un tribunal neutro, pero específico en la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes; tesis contra la que reaccionó Carl Schmitt (*El custodio de la Constitución*, 1931) alegando que de este modo se politizaba la justicia y se convertía al juez en legislador.

Es decir, en uno y otro sistema no se trata de señalar los opuestos. Mientras en el *sistema de control difuso* se actúa en la soledad del problema contingente y propio que resuelve la fiscalización constitucional en el límite subjetivo (entre partes) de la cosa juzgada; en el *sistema concentrado* la regla es la abstracción y la generalidad del pronunciamiento porque interesa el principio de legalidad antes que la justicia del caso concreto.

En ese dualismo polarizado entre dos lecturas que llegan desde las concepciones distintas que se tienen para realizar el control de constitucionalidad, se derivan imprecisiones y enfrentamientos estériles que ningún favor le hacen a la ciencia que abordamos.

En efecto, considerar que el juez del sistema americano atiende la justicia objetiva del caso concreto, como creer que el tribunal concentrado

¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, p. 34.

del sistema europeo resuelve haciendo abstracción de la causa, son caminos confusos que demuestran la inconsistencia de las respuestas que se toman desde una u otra posición.

En efecto, ninguna es precisa porque en el primer espacio se pierde solidez dogmática al encontrar diversidades en el sistema de control de constitucionalidad que tienen los países latinoamericanos, que hace diferentes los sistemas de regulación procesal de los procesos y una lectura distinta en cada una de las garantías de la jurisdicción; en cambio, en el segundo, no se advierte ni considera que hay mecanismos transnacionales que convierten en constitucionales una multiplicidad de procesos que en el orden interno no son atendidos por los tribunales constitucionales; como tampoco se analiza que estas magistraturas especiales no trabajan aisladas del contexto ni son insensibles al padecimiento humano: todo lo contrario, aunque se pueda poner en duda el carácter puro de la jurisdicción que ejercen, no existe temor alguno para afirmar que la resolución se aplica también a un juicio entre partes.

Las alternancias en la interpretación pueden hacer creer que solamente los que poseen tribunales constitucionales tienen una jurisdicción especial y un derecho procesal constitucional; así como sucede que, quienes estudian la disciplina desde los sucesos del control difuso, son proclives al error de buscar el derecho procesal constitucional en los pilares de una ciencia u otra (es decir, del derecho procesal o del derecho constitucional), cuando en realidad no es rama ni proyección de ninguna de ellas, sino un caso más del derecho público.

En síntesis: el punto de partida para reconocer la disciplina comienza con el esclarecimiento de los contenidos. Se puede preferir una versión mínima que se ocupe de la magistratura y los procesos constitucionales y explicar así el desarrollo de los modelos para el control de constitucionalidad de las leyes; o ampliar el espectro y abarcar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan, y los órganos encargados para encausar tales objetivos, sin necesidad de acotar la visión a los tribunales constitucionales.

En esta línea es muy importante la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, pues implantan un principio de cooperación colectivo, que implica una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial, co-

mo son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada.

Por eso los procesos colectivos son procesos constitucionales, en esencia, y deben estudiarse dentro de la disciplina.

II. NOCIONES GENERALES

Si el punto de partida de la ciencia es el control de constitucionalidad y los modelos que se aplican, las dos cuestiones principales de estudio son: *a)* la magistratura constitucional; *b)* el sistema procesal específico.

El primer aspecto no tiene simetrías, porque el patrón jurisdiccional concentrado piensa que el mejor modelo para llevar a cabo esa tarea de fiscalización de la supremacía constitucional debe estar en un solo órgano de justicia; mientras que el control difuso acepta y permite que esa función la concreten, con pocas limitaciones, todos los jueces que actúan en conflictos constitucionales.

En consecuencia, el segundo problema es más importante por la variedad de situaciones que debe afrontar. El esquema procesal no es otra cosa que el proceso constitucional con sus reglas y principios, y como no existe un programa común predispuesto de manera general, los puntos de análisis se abren a varias situaciones: *1)* los poderes del juez constitucional; *2)* la legitimación para actuar; *3)* los contenidos de la sentencia constitucional; *4)* los alcances y efectos de la cosa juzgada, entre otros.

Ahora bien, estas diferencias de sistemas no pueden alimentar la creación de procesos constitucionales distintos porque esencialmente tienen como destino iguales funciones. Vale decir que el proceso de amparo, *habeas corpus*, protección de datos personales, acciones colectivas, recursos de inconstitucionalidad, etcétera, tal como cada uno se conoce en el derecho comparado, debieran armonizar sus dimensiones con el fin de evitar interpretaciones disímiles (reglas del debido proceso), aunque sea lógico que el estudio comparado permita observar cada uno con la perspectiva de sus reglas complementarias (*v. gr.*: un recurso solitario de inconstitucionalidad puede ser la última herramienta a utilizar contra una ley que se ataca en vías anteriores, sean éstas concurrentes o paralelas).

Es decir, uno de los puntos cruciales a presentar es el debido proceso constitucional, como una pauta común para todo tipo de procesos y

una regla especial para los conflictos constitucionales. En este sentido el derecho procesal constitucional se ocupa de:

- 1) El acceso a la justicia.
- 2) Los principios de bilateralidad y contradicción.
- 3) La carga de la prueba.
- 4) La fundamentación de las resoluciones judiciales.
- 5) La ejecución de la sentencia.

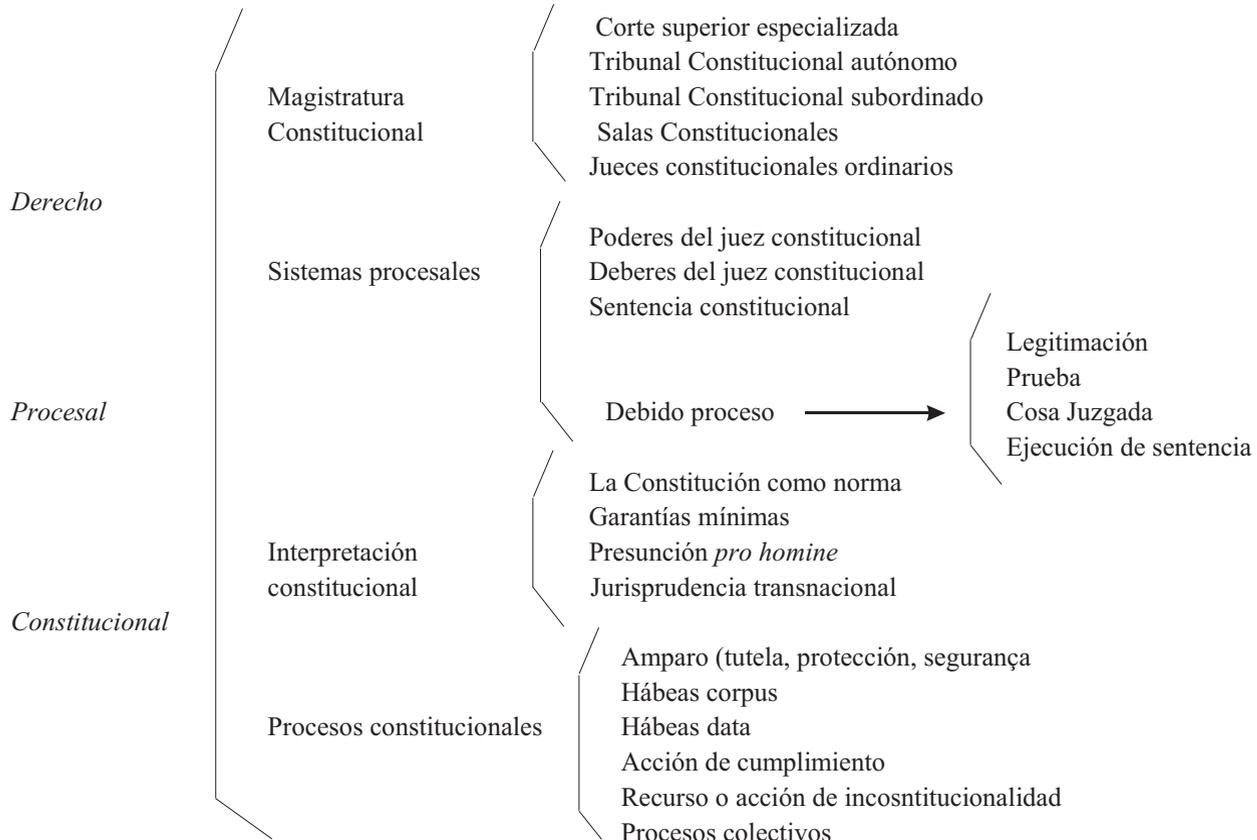
No obstante, al juez constitucional no se le establecen reglas insalvables, porque el poder principal a desarrollar está en la *interpretación judicial*, y con ello cada sistema admite modalidades para el uso y la aplicación de esa potestad jurisdiccional.

Vale recordar que los modelos de las magistraturas constitucionales van desde las *ordinarias* (Estados Unidos, Brasil, Argentina y Venezuela), *especializadas* (México), *autónomas* (España y Perú), *subordinadas* (Colombia y Alemania), o *divididas* en salas constitucionales dentro del superior tribunal de cada país, como es el caso de Costa Rica.

Finalmente, como dicha interpretación o lectura de las normas fundamentales tiene guías o pautas superiores, aparece el llamado *derecho procesal transnacional* que establece desde jurisdicciones axiológicas como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una suerte de jurisprudencia vinculante que tiende a unificar las reglas de interpretación cuando se trata de resolver sobre derechos de las personas.

Un cuadro podría simplificar los contenidos a desarrollar (véase el cuadro de la siguiente página):

En suma, existen tres sectores bien diferenciados. Uno llamado por Cappelletti, de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que analiza los instrumentos establecidos en las cartas constitucionales para la protección de los derechos y garantías fundamentales; otro vinculado con la *defensa constitucional*, la fiscalización de la supremacía y la resolución de los conflictos internos de poder; y finalmente, un sector de carácter *transnacional o internacional* por el cual se pueden colegir e interpretar las normas de dicho carácter que se incorporan en los Estados como una forma de garantizar la difusión, promoción y protección de los derechos humanos.



III. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: ¿RAMA O CIENCIA AUTÓNOMA?

No hay aún coincidencia doctrinaria para sostener la autonomía como ciencia del derecho procesal constitucional. Algunos lo derivan del derecho procesal y otros del derecho constitucional, por eso los enunciados de *derecho procesal constitucional* y *derecho constitucional procesal*.

Rubén Hernández Valle sostiene que

...en el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de la supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del derecho procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal.²

Esta deducción desde el derecho procesal también es postulada por Domingo García Belaunde, quien tras un prolijo y meditado estudio indica que la disciplina es una rama del derecho procesal, que participa de su carácter como derecho público donde el proceso, como garantía, es uno solo y, por lo tanto, es como el tronco de un árbol del que salen varias ramas con singularidades propias.³

En esta línea se define al *proceso como género con procedimientos constitucionales que tienen configuraciones particulares*. A su vez los poderes del juez se enlazan con las potestades de la jurisdicción en materia de control de constitucionalidad, de manera que pueden encontrarse diferencias no ya entre modelos como sí entre ordenamientos.

La posición refleja, con algunos matices, la enseñanza editada en el año 1955 por Mauro Cappelletti, que realizó una labor de derecho com-

² Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José de Costa Rica, Juricentro, 1995, pp. 35 y 36.

³ García Belaunde, Domingo, “El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional —Proceso y Constitución—*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 48.

parado que publica con el título de *Jurisdicción constitucional de la libertad*.

Precisa allí los contenidos de la “justicia o jurisdicción constitucional”, ampliando el reducto del control de constitucionalidad de las leyes. Su interés queda expuesto en los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *writ of error* y otros similares, destinados a resolver la tutela constitucional de los derechos humanos.

Cappelletti dio un enfoque diferente, novedoso, a los estudios sobre la justicia constitucional. Él sostenía que no toda la ciencia era puro control de constitucionalidad, porque existían proyecciones importantes en otras instituciones, tales como las actuaciones del Tribunal Constitucional Federal de Alemania cuando atiende la legalidad constitucional de los partidos políticos, el juicio sobre las acusaciones del *Bundestag* o del *Bundesrat* contra el *Bundespräsident*, etcétera. O bien, de la Corte Constitucional italiana, respecto a sus poderes para resolver conflictos de atribución de competencias, o interadministrativos o entre regiones o provincias, etcétera. La posibilidad de constituirse en órgano de decisión en el juicio político contra funcionarios estatales. “Todas estas manifestaciones —decía Cappelletti— se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional”. El punto más importante, quizá, se encuentra en la dimensión transnacional que le avizora a los estudios, dando por cierto la influencia que tiene la justicia constitucional como fenómeno que trasciende fronteras, estableciendo una especie de nueva ley superior de tipo “comunitaria” que, como tal, pone un techo diferente al reconocido en las soberanías territoriales.⁴

Con otra perspectiva pero sin antinomia, están quienes deducen la ciencia desde el *derecho constitucional*.

No lo hacen de manera directa sino escondida, tras el manto de otras denominaciones como *justicia constitucional* o *jurisdicción constitucional*. Es el pensamiento que llega desde Europa, dominado en focalizar el procesal constitucional en la actividad de los tribunales constitucionales.

Un ilustre procesalista como José Almagro Nosete afirma que

⁴ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 134.

...el fundador del derecho procesal constitucional fue, sin duda, el jurista vienés Hans Kelsen, inspirador de la regulación en la Constitución austriaca de 1920 de una jurisdicción especial cuyo fin específico era la resolución de procesos exclusivamente constitucionales. La vigencia de la Constitución, en efecto, se traduce principalmente en la adecuación a ésta de las leyes que la desarrollan. Si las leyes incurren en contradicción o discordancia con los preceptos constitucionales, se incumplen los mandatos primarios de la ley suprema y se incurre en inconstitucionalidad. El desorden jurídico que, en cadena, puede originar la multiplicidad de los actos jurídicos, sujetos a la observancia de la ley inconstitucional, aconseja la institución de órganos y medios específicos remediadores de la injusticia.⁵

Por otra parte, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esta forma la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación. Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, siendo preferible integrarlo a dos nociones más como son la jurisdicción constitucional, o la magistratura encargada de ejercer en los procesos constitucionales; y el derecho procesal constitucional que serían los procedimientos tutelares de las garantías y del principio de la supremacía constitucional.⁶

Luis López Guerra ha marcado la necesidad de constituir al derecho constitucional en fuente de mecanismos procesales para garantizar la sujeción de todos los poderes públicos a los mandatos constitucionales.⁷

Louis Favoreau precisa que

⁵ Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 157 y 158.

⁶ Zagrebelski, *op. cit.*, nota 1, p. 45.

⁷ López Guerra, Luis, "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", en varios autores, *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 73.

...un tribunal constitucional es una institución creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de éste como de los poderes públicos... Un tribunal supremo, o incluso la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son tribunales constitucionales.⁸

Jesús González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional.⁹

La misma tendencia se encuentra en otros autores europeos e inclusive en algunos latinoamericanos, proclives a verse influenciados por la doctrina española principalmente.

Una posición intermedia postula el maestro Héctor Fix-Zamudio al mencionar que

...la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como *derecho procesal constitucional* en sentido estricto, y la otra *derecho constitucional procesal*... El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como *derecho constitucional procesal*, examina las institu-

⁸ Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13.

⁹ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 25. Gustavo Zagrebelsky se pregunta si se puede hablar de un derecho procesal constitucional con referencia al conjunto de reglas —todas a interpretar— relativas a la instauración de los juicios constitucionales y la representación en éstos de posiciones subjetivas, las modalidades de acción de la Corte Constitucional, los caracteres y efectos de sus decisiones: en síntesis, las reglas a través de las cuales la Constitución viene puesta en condición de desarrollar la función de criterio de juicio práctico para la resolución judicial de las controversias pertenecientes a su esfera.

ciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.¹⁰

En nuestro país acompaña el temperamento Néstor Pedro Sagüés, quien agrega que

...el derecho constitucional procesal es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente “formal o informal”. Entre estas cuestiones pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia... En cambio, el derecho procesal constitucional es una rama del mundo jurídico que se sitúa en el derecho procesal, y atiende a los dispositivos “obviamente jurídicos” procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales.¹¹

Esta posición es seguida en Argentina por Antonio Castagno, y recibe el apoyo de Ernesto Rey Cantor (Colombia) y Elvito A. Rodríguez Domínguez (Perú). Sostiene el eminente profesor colombiano que

...el derecho procesal constitucional es un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la Constitución y en la ley, que regulan los procesos constitucionales y los procedimientos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos... Como corolario de lo anterior podemos afirmar que el derecho constitucional procesal estudia el debido proceso, desde la perspectiva constitucional, de con-

¹⁰ Fix Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional*, *passim*. Tomado de la obra colectiva coordinada por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, t. I, pp. 269 y ss.

¹¹ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, t. I, pp. 4 y 5.

formidad con los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos.

Rodríguez Domínguez argumenta, por su parte, que la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un derecho procesal constitucional, pues aun se está en el ámbito del derecho constitucional, porque la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir —agrega— que también existe un derecho civil constitucional o un derecho del trabajo constitucional... En suma, el derecho procesal constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.

IV. UBICACIÓN DE LA CIENCIA

La vacilación en ubicar el derecho procesal constitucional en un campo particular de la ciencia no tiene demasiada importancia, a no ser que se persiga autonomía plena tal como nosotros postulamos.

La perspectiva continental europea, especialmente en Italia, España y en menor medida en Alemania, remiten la enseñanza de lo procesal constitucional al campo de esta última disciplina, considerando que los tribunales constitucionales han creado la necesidad de explicar el desenvolvimiento de una justicia especial que denominan “jurisdicción constitucional”. La preferencia está en la descripción del sistema y la exégesis normativa. En cambio, hay una mirada distinta que pretende ubicar al derecho procesal constitucional en el campo de la teoría general del proceso, desde el cual se analizan antes que la naturaleza del conflicto privado entre partes, las consecuencias de derecho público que emergen en los conflictos constitucionales. Con esta base se emplaza lo procesal constitucional como derecho público, donde las garantías del proceso son sustanciales y nunca adjetivas. Es decir, constituyendo al *proceso constitucional* en un conjunto de reglas y principios comunes (debido

proceso), desde el cual se pueden proyectar *procedimientos constitucionales* especiales como el amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera.

En síntesis, el desacuerdo sobre el área donde prevalece el estudio de la disciplina tiene tres posiciones diferentes:

a) La primera deduce que el análisis del derecho procesal constitucional compete principalmente al *derecho constitucional*, ya que de éste emerge la temática basal sobre la que versan “procesos” y “conflictos” constitucionales, e incluso que de él surgen los trámites procedimentales del caso (v. gr.: *habeas corpus*, amparo, acción de inconstitucionalidad, etcétera).

b) En segundo término se ubica a la disciplina como un capítulo del derecho procesal. La variación está en los contenidos que se adscriben. Por ejemplo, González Pérez sostiene que el derecho procesal constitucional se ocupa del conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos que el mismo conoce. Es una rama netamente procesal, cuya naturaleza no ofrece distintos problemas que los del derecho procesal en general. Sin embargo, a pesar de la seriedad de las reflexiones, es difícil compartirlas, pues la materia procesal constitucional no puede identificarse únicamente con la presencia de un tribunal constitucional. Con sólo observar un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre.

Otros, en esta misma línea, opinan que las garantías constitucionales son instrumentos procesales y por ello forman parte del derecho adjetivo.

Esta relación entre normas es importante, pero no definitiva para establecer una determinada adscripción científica.

c) La tercera es una posición ecléctica. En general, responde a una fórmula transaccional que reconoce elementos constitucionales y procesales, sin que uno avasalle, supere o aprisione al otro. Se parte del supuesto de que la ciencia no se encuentra suficientemente elaborada de forma tal que el emplazamiento definitivo en una dimensión de plena autonomía, es un riesgo que por ahora no se debe correr.

V. AUTONOMÍA CIENTÍFICA

Nosotros creemos en la *autonomía*, sin pensar si ella es producto de una eventual delegación normativa, o consecuencia de la pérdida que sufre algún sector de la ciencia procesal o constitucional.

La mirada desde el derecho constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del juez constitucional y de las garantías, lo que nos vuelve a la dimensión del proceso como única garantía.

Gelsi Bidart fue el primero en señalar que ninguna garantía es eficaz ni adecuada sino tiene una vía útil para concretar la protección que se dispensa en las normas fundamentales. De este modo, la garantía de las garantías es el proceso, y en definitiva, se observa al proceso como la “única garantía”.

La garantía culturalmente más avanzada, para el caso de que los involucrados no puedan llegar, por sí mismos, a la efectiva aplicación del derecho, es el proceso, que convoca a todos los comprometidos en el problema para que, en igualdad de condiciones y bajo la dirección de una autoridad imparcial y técnica, lleguen a una solución de acuerdo o impuesta por aquélla.¹²

Si el foco se dirige hacia el derecho procesal, y se ilumina la base teórica general (jurisdicción, acción y proceso) observamos distancias significativas que dificultan asumir al proceso constitucional como una modalidad o tipo especial de procedimiento. Además, si tenemos en cuenta que las reglas del debido proceso cuadran en el contenido del derecho procesal constitucional, podremos ratificar la autonomía que se predica.

Pero la observación dogmática no sirve si no la apoyamos con la legislación imperante y la realidad fáctica donde se inserta, convirtiendo el trialismo de la teoría, la norma y la praxis, en una necesidad ineludible para demostrar dicha conclusión.

En efecto, la ciencia procesal en el pensamiento de Carnelutti era un gran tronco del que se desprendían ramas disciplinadas. La unión se daba con la teoría del proceso (el tronco), y las ramas (administrativo, comercial, laboral, familiar, constitucional, etcétera) podían tener particularidades pero sin generar con su corte un fruto nuevo. Son derivaciones y nunca semillas.

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: *la jurisdicción*, que significa atender el rol del juez en el proceso, las garantías judiciales que debe impartir desde su magisterio, la or-

¹² Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

ganización jurídica de un país o de una región, y los deberes que supone el ejercicio de la función jurisdiccional. *La acción*, es el terreno del acceso a la justicia; allí anidan las preocupaciones del que pide y reclama, donde se atienden situaciones como las condiciones y presupuestos de la demanda, los requisitos para ser parte en un litigio, la defensa técnica en el proceso, la igualación económica con el carente de recursos, etcétera. Finalmente *el proceso*, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios que deben cubrirse, deberes y derechos de las partes en orden a la producción probatoria, intervención de terceros, y muchos aspectos más que se relacionan también con temas constitucionales (v. gr.: defensa en juicio, sentencia fundada, derecho a la verdad, plazos razonables en el trámite, nulidades por dilaciones indebidas, doble instancia, libertad personal, etcétera).

1. *La jurisdicción*

En el primer aspecto la teoría debe resolver dos posibilidades en la explicación de la actividad del juez en el proceso: 1) o simplemente resuelve los conflictos aplicando la ley; o 2) interpreta los hechos y aplica el derecho.

La primera función es propia de los sistemas donde la jurisdicción se divide por especialidades (civil y comercial, administrativa, comunitaria, constitucional y supranacional) dejando en cada uno el deber de resolver propio de su actividad. Uno no puede subordinar a otro, por eso en materia constitucional se forma el incidente de inconstitucionalidad o se remite al tribunal especial para que asuma la competencia correspondiente. En líneas muy genéricas diríamos que es el mecanismo que sigue la Europa continental, apegada en sus orígenes al principio de legalidad y a desconfiar de los jueces cuando se trata de interpretación normativa.

La valoración judicial de los hechos y el derecho es un poder que tienen los magistrados del sistema difuso, también llamado “americano” por la influencia que tuvo el fallo *Marbury vs. Madison* en el señalamiento de las características, que llevó a descifrar el sistema como de la “confianza en los jueces”.

Aquí el juez, salvando las distancias propias de un modelo de control de constitucionalidad que de a poco va desapareciendo en América (al advertirse una rotación hacia los sistemas de control concentrado en tribunales constitucionales o salas especializadas), dicta sentencia según su

leal saber y entender (principio llamado: *iura novit curia*). Puede decretar la inconstitucionalidad de las normas sin afectar el derecho de terceros, porque el efecto de la cosa juzgada solo alcanza a quienes son partes en el proceso.

La jurisdicción tiene pilares comunes en la independencia e imparcialidad; y así como suele decirse que en las controversias entre litigantes es más importante fallar con imparcialidad antes que cuestionar la eventual dependencia o influencia de otros poderes; en los conflictos constitucionales trasciende la independencia porque no es posible pensar en una sentencia imparcial si el tribunal no es autónomo y distante del poder de gestión.

2. *La acción*

Cuando se analiza *la acción* nos instalamos en los presupuestos de entrada al proceso. En la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama. Es una antesala donde se debate el acceso al tribunal y donde se puede postergar *sine die* la decisión de tener un juez que entienda en la causa. No son cuestiones de competencia, sino de representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

Las expansión del interés en la causa (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etcétera) ha flexibilizado el cuadro de exigencias rituales, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que los procesos constitucionales se debaten aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a los conflictos globales.

Esta característica agrega un elemento más para ponderar por qué, cuando al tema de la acción se le estudia desde el derecho procesal constitucional, tiene respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil.

Lo mismo cabe agregar con aspectos proyectados del derecho de entrada. El derecho de petición (de naturaleza constitucional) no se reduce en lo procesal constitucional a un asunto de consistencia jurídica del que reclama, porque la atención se dirige al asunto antes que a la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene el que demanda la actuación jurisdiccional.

En orden a la defensa técnica, la teoría general se conforma con la asistencia letrada de la parte, mientras que en lo constitucional se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto. No hay estrictamente una lucha entre partes, porque la bilateralidad se atenúa con el rol social que tiene el juez o tribunal que se desenvuelve ante una controversia constitucional.

3. *El proceso*

Finalmente, *el proceso*, o la regla técnica para debatir. La teoría general sostiene el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etcétera, etcétera.

Todos estos principios no tienen plena adecuación en el proceso constitucional.

En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o los particulares generan a través de sus actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del juez del sistema difuso quedaría eludida por la probabilidad —que la jurisprudencia comprueba— de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

Inclusive, la afirmación precedente no sería adecuada en sentido estricto en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado donde

no hay controversia entre partes, sino conflictos de constitucionalidad que habilitan la actuación de un órgano diferente a judicial ordinario para que interprete la adecuación de la ley a la Constitución.

Obsérvese que esta dimensión de la “justicia constitucional”, coincidente con la del juez del sistema difuso en ejercer la función de resolver los conflictos de interpretación o aplicación de la norma fundamental, trabaja con un principio inverso al que preserva la garantía judicial que se vincula con la organización jurisdiccional, porque la idea del “juez natural” (que se designa con anterioridad a los hechos de la causa) y de “unidad de la jurisdicción” se desplazan en el modelo europeo.

Es cierto que el primer aspecto se puede resistir con sólidos argumentos, pero en el mecanismo difuso, la idea de mantener la decisión dentro de la jurisdicción que se origina no tiene confrontación posible.

Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento, repara que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del “debido proceso”.

Esta es una “garantía” que promueve el derecho procesal constitucional porque en la teoría general del proceso, el principio de economía (que internamente se integra con la acumulación de pretensiones y procesos; el establecimiento del principio de perentoriedad; la inclusión de plazos y términos, etcétera) toma a su cargo una suerte de consigna dirigida a las partes (en función del principio dispositivo, o de avance del proceso de acuerdo al interés de los litigantes), características que no se dan en el proceso constitucional donde el llamado de las normas transnacionales claman por un proceso rápido y breve y con recursos sencillos y eficaces.¹³

¹³ En nuestro *Derecho procesal constitucional. Debido proceso* (Buenos Aires, Rubinzal, 2004) advertíamos en este dualismo que incide en los contenidos esenciales y por ello modifica la tradición conceptual del debido proceso. En particular la regla del plazo razonable muestra cómo no se pueden aplicar los principios procesales tradicionales a los que penetran desde el derecho procesal constitucional.

Por ejemplo, desde una perspectiva más amplia suele nominarse la necesidad de tener derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, interesando en cada adjetivo un aspecto puntual a resolver. Sin embargo, “plazo razonable” es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional) los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

VI. CONTENIDOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La diferencia señalada en torno a la forma de ejercer el control de constitucionalidad provoca similares distancias a la hora de definir los contenidos del derecho procesal constitucional.

Cuando el enfoque es normativo, la disciplina se explana en el sistema legislativo y en las facultades, deberes y obligaciones que tiene el modelo para sustanciar un conflicto de naturaleza constitucional.

En cambio, en sistemas polifacéticos donde conviven procesos especiales y poderes propios afinados en un órgano particular (Tribunal Supremo que ejerce la fiscalización; Sala de una Corte Suprema; Tribunal de apelación, etcétera), la diversidad lleva a ocuparse de los principios y presupuestos que regulan el proceso constitucional.

Es evidente, entonces, que entre la *jurisdicción o justicia constitucional europea, lato sensu*, y el *derecho procesal constitucional latinoamericano*, agregando en el grupo a la *judicial review* americana, podrán encontrarse modalidades que distinguen a cada uno, pero en esencia, el problema es el mismo: controlar la supremacía de las normas fundamentales.

Así, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el juez resuelva con carácter definitivo.

Obsérvese que no decimos *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquellas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*.

Por eso, el llamado “derecho procesal transnacional” se integra a los contenidos al derecho procesal constitucional, porque es fuente y el sistema debe ser explicado en el campo de la ciencia.

De este modo, armonizando la autonomía propuesta en el primer capítulo, con los contenidos a desarrollar, es conveniente presentar los mismos desde los pilares de la estructura científica: jurisdicción constitucional; derecho a ser oído (acción) y particularidades de los procesos constitucionales.

El primero de ellos, es decir, el problema de reconocer los órganos encargados de tutelar la supremacía de la Constitución, debe considerar en su línea de partida el concepto de *jurisdicción*. Reconocida su importancia, y establecido el alcance que la defina, podremos abordar los tipos o sistemas para el control de constitucionalidad (analizando cada uno en particular) y precisar las facultades, poderes y deberes de la magistratura en cada caso.

El siguiente espacio le corresponde a las *garantías*, donde se pueden establecer puntos de arranque en el concepto de acción, y establecer principios mínimos que afiancen el cumplimiento de nociones tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y continua, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica, entre otros.

En tercer lugar tendremos que analizar los *procesos constitucionales* y sus definidas particularidades, en la medida que no se trata de un proceso ordinario sujeto a las reglas solemnes y consabidas. Por eso, será fundamental establecer un concepto base para el proceso constitucional y reconocer desde allí al debido proceso con sus mínimos ineludibles; el derecho al amparo (o protección judicial efectiva) en sus diversas manifestaciones (contra actos del poder público, actos privados, como defensa del consumidor, del medio ambiente, como un supuesto de *habeas corpus* o *habeas data*, etcétera).

Finalmente, existe un campo que corresponde abordar aunque no sea absolutamente propio para esta disciplina. Sin embargo, es tan profunda la relación que obviarlo sería inconducente. Los *derechos humanos* se vinculan íntimamente con el derecho procesal constitucional, por eso debemos considerar su protección procesal en esta área.

1. *La jurisdicción constitucional*

El movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII significó tanto en Europa como en América una toma de posición distinta respecto a la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades,¹⁴ y sirve para recordar una vez más, que la diferencia entre “confiar” y “no confiar” no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

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

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

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

¹⁴ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997. También en *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1992, t. I vol. 1; *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Belgrano, 1999, entre otros.

De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

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

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

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

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de *tribunales constitucionales* porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás debía dejar esa acción en manos del mismo órgano que aprueba las leyes contradictorias.¹⁵

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos) que portaba el temor de convertirse en un legislador nega-

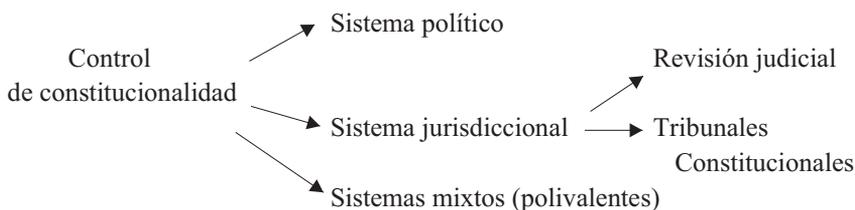
¹⁵ El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional (Kelsen).

tivo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

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

En consecuencia, el contenido esencial del derecho procesal constitucional comienza con los sistemas previstos institucionalmente para el control de constitucionalidad, y dentro de cada uno se deben comprender las funciones del juez constitucional, los sistemas de designación de magistrados, los conflictos hipotéticos de competencia ante cuestiones constitucionales, las garantías (judiciales) necesarias para desarrollar la tarea encomendada sin padecer de interferencias políticas u ocasionales.

En definitiva, el contenido se muestra en el siguiente cuadro:



2. El derecho a ser oído (acción)

El derecho de peticionar ante las autoridades no descansa en el remedio de escuchar lo que se pide porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oído, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta. Ahora bien, cuando se tratan de peticiones hechas ante una autoridad judicial, el tema se ha enfocado a una sola perspectiva: *la del litigante*.¹⁶

Se ha instalado desde sus orígenes la idea que el Estado, a través de los jueces, solamente actúa cuando hay una causa concreta y específica que debe resolver un conflicto o una controversia entre partes. De este encuadre, quien pide tiene que acreditar el interés que tiene, porque no es cualquier derecho el que se tutela ante la jurisdicción, sino aquél que resulta verosímil y fundado.

¹⁶ Para ampliar este tema ver nuestro *Derecho procesal constitucional. Debido proceso*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2004, capítulo II.

Solo quien es dueño del interés (derecho subjetivo) puede acceder a la justicia, y para demostrar la personalidad que se tiene, es necesario superar los presupuestos de admisión reconocidos como legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum*.

Estas condiciones necesarias para ejercer el derecho de acción se adoptan como reglas implantadas, de imposible alteración en el proceso civil, y se han justificado en la teoría general del proceso.

Sin embargo, en los procesos constitucionales el conflicto se suscita con normas antes que con personas, aunque éstas puedan quedar alcanzadas por los efectos de la inconstitucionalidad.

A veces, en los juicios de amparo, por ejemplo, a sabiendas del emplazamiento formal que pone la valla de la legitimación, se pretendió esquivarlo con el carácter de *afectado*, pero ello sirvió únicamente para fortalecer el criterio restrictivo que terminó, en la mayoría de los casos, fortificando el carácter subsidiario del proceso constitucional; lo que es francamente inasible.

Esta incoherencia, al mismo tiempo, es propia de la legislación y también se instala en nuestra Constitución Nacional Argentina, obligando a interpretaciones constantes que, por la dinámica que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad, permanentemente reitera contradicciones y resultados disímiles. Por eso, en nuestro *Derecho procesal constitucional-debido proceso* sostenemos esta premisa conductora: el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial, para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso.

Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica plena de promover una demanda ante la jurisdicción. De este modo, se clasifican las peticiones según la naturaleza que lleven

y al órgano frente al que se presentan. Habría así, acciones populares que obligan al obrar jurisdiccional; quejas que derivan en la actuación administrativa; recursos distintos que originan el desempeño procedimental; iniciativas ciudadanas o propuestas populares que tienen como fin la producción legislativa ordinaria; y cada una a su vez, promueve un procedimiento, una instancia, donde la respuesta puede, inclusive, formalizarse a través del silencio.

Otros, en cambio, crean diferencias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción, interpretando que el primero queda satisfecho con la permisión de entrada al proceso, pero como esto no es esencial para la garantía, lo verdaderamente importante está en el modelo de la jurisdicción.

De este modo, la distancia a cubrir entre modelos de jurisdicción o justicias de competencia múltiple respecto a los que dividen prolijamente la cobertura de materias a ocupar, es significativa por la diversidad de intereses en juego.

Por ejemplo, un juez argentino puede encontrarse al llegar a su tribunal que entre los expedientes a resolver tiene procesos constitucionales (amparo, *habeas data*, etcétera), administrativos (impugnación de una licitación); sociales (diferencias de haberes mal liquidados), familiares (divorcio, tenencia de hijos), etcétera, y aplicar en todos los casos el mismo sistema procesal, con sus reglas y precisiones. En cambio, un juez español, por el caso, sabe que la competencia constitucional le corresponde al Tribunal Constitucional; que lo administrativo se deriva a la justicia administrativa; que lo social es del fuero respectivo, y así sucesivamente; en consecuencia, además de desprenderse de lo que no le es propio, reconoce que los sistemas (el tipo de enjuiciamiento) son diferentes y con reglas autónomas.

Lo cierto es que, cualquiera que sea la explicación formal que se ofrezca, la mirada tiene que dirigirse al resultado que tiene quien necesita ejercer el derecho de petición, porque como se dijo al comienzo, una pretensión que se escucha y queda sin resolver, provoca desconcierto e injusticia, más allá de la violación por desconocimiento a una garantía fundamental.

Por eso, el tema del acceso a la justicia, y particularmente de la acción procesal, es un contenido del derecho procesal constitucional. No se trata de propiciar esquemas estériles que socaven el derecho de pedir ante los jueces (como es la legitimación procesal activa y pasiva), ni de auspiciar

una entrada masiva de reclamos que pueden ser inconsistentes o manifiestamente improponibles. La acción es una garantía formal; una facultad que contrae con su ejercicio un deber de respuesta jurisdiccional, porque de otro modo no habrá ejercicio efectivo del derecho a un recurso (vía judicial idónea) simple y eficaz.

Por otra parte, es necesario abordar desde esta perspectiva social, la entrada al proceso, porque los modelos estandarizados de conflictos entre partes pierden, cada día más, la esencia que los justifica. Actualmente sostener que la controversia solo interesa a las partes que litigan es una mirada egoísta y unilateral que no observa la trascendencia que tienen los procesos en el desarrollo de un país.

Además, la clásica respuesta que se deduce de la cosa juzgada entre partes, también elude la dimensión *in genere* que puede tener la sentencia (v. gr.: la tutela del consumidor no admite soluciones únicamente para el afectado porque, habitualmente, el daño está masificado). Inclusive, la aparición de los procesos colectivos no significa alterar el modelo de entrada al proceso, como sí promover un cambio sustancial en los derechos que se han de considerar y resolver más allá del interés personal y acotado que supone continuar con la tutela del interés dañado (derecho subjetivo).

En definitiva, la acción —repetimos— es un contenido del derecho procesal constitucional, al punto de alterar la teoría general del proceso porque obliga a trabajar en una superficie distinta a las consabidas reglas de la personalidad y representación en juicio.

3. Particularidades del proceso constitucional

En este aspecto, los contenidos delinean un modelo general para el derecho a contar con un proceso con todas las garantías. Antes, el estudio teórico proyectaba en el ejercicio de la defensa en juicio la noción genérica del “debido proceso”; actualmente, aquéllas definiciones han quedado insuficientes frente a los nuevos requerimientos que surgen de los textos sobre derechos humanos.

El conjunto actual de principios exigibles en todo tipo de procedimientos, bosqueja un sistema que trabaja en armonía, pese a que puedan encontrarse modalidades circunstanciales como la necesidad de agotar recursos previos a la entrada a juicio, el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, entre otros aspectos que muestran diversidades en un contexto general.

Ahora bien, como el debido proceso es una obligación plena de carácter fundamental, de suyo se integra con el bloque de normas que surgen de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión.

Con todos ellos se consigue un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

El resumen enumera en los contenidos del debido proceso los siguientes aspectos (principios):

a) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas.

b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.

c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

d) *El derecho al juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.

e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Tras el cuadro diseñado, existen *procesos constitucionales* a desarrollar que tienen características diferentes del proceso ordinario o común, porque la función principal del juez se modifica.

Esto, que puede verse con claridad en los países que tienen sistema difuso para el control de constitucionalidad, no tiene el mismo realce en los modelos concentrados, porque la función específica suele estar acompañada de un método para los procedimientos.

En los hechos, las cuestiones donde anidan desigualdades están en aspectos procesales referidos a la *bilateralidad del contradictorio*, porque si bien es cierto que toda persona tiene derecho a la defensa en juicio, en los conflictos constitucionales no hay una lucha entre partes, propiamente dicha, sino un problema de interpretación sobre la validez de la ley que solo el juez está en condiciones de esclarecer.

Por eso también la contradicción no es absoluta, en la medida que quien produce el acto presuntamente lesivo (normativo o fáctico) tiene que producir un informe antes que una negativa puntual de los hechos que, en los litigios comunes, permiten dar paso a la controversia.

Lo mismo sucede con la prueba, porque aun respetando el principio que implora que el que afirma debe probar, también se recepta un derecho constitucional a la prueba, de modo tal que priva el principio de cooperación para encontrar una sentencia justa.

Donde las distancias se profundizan es con la sentencia, porque ellas admiten o deniegan la cuestión constitucional en lugar de referir, estrictamente, al progreso de las pretensiones. Así los efectos se alteran porque la declaración de inconstitucionalidad alcanza —o puede comprender— a terceros. Lo mismo sucede con la cosa juzgada que en los sistemas difusos, por vía de principio, es *inter partes* en los concentrados es *erga omnes*.

La sentencia constitucional, de por sí, es un tema del derecho procesal constitucional, en razón de que propiamente es un estereotipo que exige argumentación y fundamentos que no se vale de la simple y mecánica aplicación de la ley.

VII. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Los procesos constitucionales son las vías específicas que se cuentan para efectivizar el control de constitucionalidad de manera directa o indirecta, y el mecanismo procesal que se aplica para garantizar efectivamente la protección de los derechos humanos.

La fiscalización *directa* se concreta con la actuación de los Tribunales Constitucionales, toda vez que esa es su misión; es *indirecta* cuando en un caso determinado se cuestiona la validez de una ley por estimarse contrapuesta a la Constitución o demás normas fundamentales, y la decisión se debe tomar únicamente para el conflicto que se resuelve.

En estos casos, no hay propiamente “procesos constitucionales”, sino funciones que se aplican de acuerdo con la jurisdicción que se ejerce. No obstante, la afirmación se puede relativizar en la modalidad concentrada en razón de que, estrictamente, hay una jurisdicción constitucional y un procedimiento destinado a tutelar la supremacía de la Norma Fundamental. En consecuencia, se pueden colegir procesos constitucionales.

La diferencia con el sistema difuso aparece con las normas que se dictan creando procesos especiales para cuestionar la acción lesiva del Estado o de particulares, dando herramientas especiales para provocar la actuación constitucional.

Es la raíz del amparo y el *habeas corpus*, y la fuente que después permitió crear otras vías como la acción de cumplimiento, el *habeas data* o protección de datos personales, las acciones de inconstitucionalidad, la revisión judicial de actos arbitrarios, etcétera.

Con los procedimientos constitucionales se encuentran mecanismos que aseguran la vigencia de los derechos y garantías, dejando así constituida la integración entre la justicia constitucional, el derecho procesal y los derechos humanos. Esos derechos que siendo intrínsecamente naturales a la condición humana, trascienden por su carácter esencial; pero que puestos en actividad, destacan la relación que se traba por el diario acontecer, estableciendo deberes de reconocimiento, y consagrando, al mismo tiempo, una tendencia que limita los derechos absolutos en pos de reafirmar la dimensión social del derecho.

Los procesos son necesarios y exigibles, por eso la Corte Interamericana indicó que, aun en la peores situaciones de emergencia, todo Estado debe preservar como mínimo las garantías del amparo y el *habeas corpus*.

Siendo así, la formulación del derecho al proceso debido adquiere una dimensión supranacional propiciada tanto por la actitud del constituyente en llamar a las normas internacionales de protección de los derechos fundamentales, como por el comportamiento de los Estados de adherirse entusiastamente a los convenios internacionales, de manera que la remisión a sus preceptos se torna habitual.

Ahora bien, la implementación de estas herramientas imprescindibles para la tutela procesal, no pueden quedar resueltas con reglas técnicas y fórmulas solemnes que impidan la libertad de procedimientos y la función de interpretación libre e independiente que la justicia constitucional necesita.

En definitiva, los procesos constitucionales tienen como meta garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos, ofreciendo un carril exclusivo para que la jurisdicción constitucional trabaje con libertad y razonamiento fundado los problemas de interpretación de las normas que se consideren violatorias de dichas garantías fundamentales.

VIII. DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El aprendizaje del derecho procesal tiene posibilidades alternas para comprender sus contenidos. Muchas veces el enfoque se orienta hacia la técnica, y razona la disciplina como puramente instrumental. Vale decir, aceptando que es una “herramienta de los derechos sustanciales”, y dando a entender que constituye, ni más ni menos, que un sistema para poner en práctica los derechos subjetivos. De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo.

Otros, decididamente, resuelven sus temas desde la función que cumplen en el proceso judicial jueces y partes, de manera que los estudios se vinculan exclusivamente a la ciencia del proceso. Aquí se aprende el arte y oficio de abogar y juzgar, cada uno en su campo.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que “lo procesal” es una parte del derecho privado de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la aplicación del derecho objetivo; oponiéndose a algunos más que sostienen que el derecho procesal es derecho público, porque desde el proceso se protegen los intereses de la comunidad y los bienes jurídicos individuales. Digamos que este es un terreno donde abona la política procesal.

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

La polémica se encuentra desde los comienzos teóricos de la disciplina y, en líneas generales, presenta la concepción ideológica del proceso, y como tal, condiciona los poderes, deberes y obligaciones de las partes y del tribunal.

Con el tiempo y el desarrollo de las ideas, el dogma se fue extendiendo para ocuparse de los procedimientos que tienen otras áreas del saber científico, provocando reclamos de autonomía desde el derecho procesal administrativo o el derecho procesal del trabajo, y el más reciente, al que ahora nos referimos, que es el derecho procesal constitucional.

Quizás la evolución no sea precisa, pero marca una tendencia en los estudios que ha ido transformando el fundamento recibido de los maestros y cultores liminares, al punto tal que, hoy, se vuelve a reclamar la necesidad de tener una teoría general del derecho procesal, una visión unitaria del proceso, que evite encontrar diferencias allí donde ellas no existen.

Lo cierto es que enfocando solamente la relación entre el proceso y la Constitución, aparece la necesidad de auspiciar un movimiento diferente al que tiene la teoría del proceso; exigencia que advierte una de las causas por las cuales se genera el “derecho procesal constitucional”: *surge a partir de los reclamos del hombre para “garantizar” efectivamente sus derechos.*

Es cierto que el establecimiento de tribunales constitucionales, a partir de 1920 en Europa, es el germen que permite hablar de una materia independiente. Aquí la semilla la planta el formidable encumbramiento de la “jurisdicción constitucional” a partir de Hans Kelsen.

En América el inspirador puede ser Eduardo J. Couture que con sus estudios sobre *Las garantías constitucionales del proceso civil* (1946), tiene un lugar preferente en el ideario a desarrollar.

En Italia, Piero Calamandrei, el excelso procesalista, se preocupa desde su función legislativa en la Asamblea por las cuestiones de la ilegitimidad constitucional de las leyes, dando lugar a distintos ensayos que fueron reunidos en un tercer volumen de su *Derecho procesal civil*, editado en Argentina merced a la traducción de Santiago Sentís Melendo.

Mauro Cappelletti, discípulo dilecto de Calamandrei, fue quien reformuló las características de lo hasta allí expuesto por la doctrina. Tiene el enorme mérito de recrear la disciplina al vincularla con temas ineludibles como son los derechos humanos, los sistemas para el control de constitucionalidad, los deberes y funciones de los jueces constitucionales, y la técnica dispuesta en cada mecanismo de control para dar eficacia al principio de la supremacía constitucional.

Es muy importante la labor de Fix-Zamudio quien realizó una extraordinaria labor de síntesis, al recopilar los esfuerzos de *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, sin contar una famosa presentación que aun abre polémicas, esto es, si corresponde llamar a la ciencia “derecho procesal constitucional” o “derecho constitucional procesal”.¹⁷

¹⁷ Sostiene Ferrer Mac-Gregor que, si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture y Cappelletti han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de

Uno de los primeros libros completos sobre la problemática fue el de Jesús González Pérez, quien critica a los constitucionalistas españoles por dedicarse a esta rama de la ciencia jurídica “a espaldas de la técnica procesal”.

Desde entonces, han sucedido otras expresiones que muestran la evolución del derecho procesal constitucional en distintos campos. Hoy, la doctrina tiene varias obras que tratan en profundidad cada uno de los contenidos; la jurisprudencia viene consolidando posiciones de reconocimiento a la individualidad y autonomía, que se concreta, finalmente, en dos espacios bien definidos: la legislación y la cátedra universitaria.

La Universidad de Belgrano inauguró en 1982 un curso de especialización (posgrado) en derecho procesal constitucional, bajo la dirección de Néstor Pedro Sagüés. En 1996, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta Universidad, incorporó la materia en el plan de estudios de la carrera de abogacía, y como una asignatura cuatrimestral de 64 horas en la carrera de especialización en derecho procesal. La Universidad Notarial Argentina, en 1987, creó el Centro de Derecho Procesal y Procesal Constitucional. La Universidad Católica Argentina también organizó el Centro interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional con sedes en las ciudades de Rosario y Buenos Aires. Actualmente, la Universidad de Buenos Aires tiene en su ciclo profesional orientado la asignatura “Derecho constitucional profundizado y procesal constitucional”. También se llevan realizados ocho congresos nacionales de la disciplina, sin perjuicio de otras actividades especiales.

En el primer orden, a nivel continental, se han dictado leyes de jurisdicción constitucional en Costa Rica (Ley 7135), y recientemente Perú se dio su “Código de Derecho Procesal Constitucional”; movimientos legales que se integran con la creación de tribunales especiales para el control de constitucionalidad de las leyes, que demuestra una clara tendencia hacia el sistema de jurisdicción concentrada tal como tiene Europa, pese a modalidades que los singularizan. A nivel local, la provincias de Tucumán ha dictado una ley reglamentaria de lo procesal constitucional.

Con la actividad académica sucede igual crecimiento, los que se destacan a nivel regional e internacional, siendo trascendente la creación del

esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado la sistematización científica específicamente, con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que ha celebrado al presente dos congresos de la especialidad (Rosario, Argentina, 2003, San José, Costa Rica, 2004).

Informa Sagüés que el reciente auge del derecho procesal constitucional se traduce en Latinoamérica por la programación de las cátedras de la asignatura, tanto a nivel de grado como de posgrado en Argentina, Colombia, Panamá, Perú y Costa Rica, entre otros países; la sanción de códigos de derecho procesal constitucional, al estilo de la Ley 7135 de jurisdiccional constitucional en Costa Rica, o la Ley 8369 de la provincia de Entre Ríos, y el Código de Derecho Procesal Constitucional de Tucumán, en Argentina; la creación en 1991 del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, con sede en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la ciudad de Buenos Aires; la realización de seminarios y congresos especializados...; las maestrías existentes en la Universidad Panamericana de México, o en la Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia, todo ello sumado a una fructífera bibliografía, cada vez más numerosa, alerta sobre la importancia y el desarrollo alcanzado por esta especialidad.

IX. LA DOCTRINA

Además de las obras señeras de Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappelletti y Fix-Zamudio, en España se conoce a Jesús González Pérez,¹⁸ y las investigaciones realmente importantes y profundas de Francisco Fernández Segado (en especial las efectuadas sobre la jurisdicción constitucional en Bolivia, Perú y Argentina; y el colectivo coordinado conjuntamente con Domingo García Belaunde).¹⁹

Son prolíficos los estudios sobre el proceso y la Constitución, aunque podemos destacar, especialmente, el libro de José Almagro Nosete,²⁰ y el de Vicente Gimeno Sendra.²¹

¹⁸ *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

¹⁹ *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

²⁰ *Constitución y proceso*, Bosch, 1984.

²¹ *Constitución y proceso*, Tecnos, 1988.

En México la influencia de Fix-Zamudio se deja ver en los muchos, y buenos trabajos de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.²²

En Guatemala, trasciende la obra de Jorge Mario García Laguardia, en especial *La defensa de la Constitución*.²³

Costa Rica se luce con el *Derecho procesal constitucional*²⁴ de Rubén Hernández Valle, entre muchas más de este extraordinario jurista. Nicaragua está representada por Iván Escobar Fornos, que publicó su *Derecho procesal constitucional*. Panamá lo hace con un libro homónimo de Boris Barrios González,²⁵ y otro de Jorge Fábrega Ponce.²⁶ Venezuela tiene varios doctrinarios de nivel excelso, donde prima la figura de Allan Brewer-Carías, de increíble producción, destacándose *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*.²⁷ También indicamos a Carlos Ayala Corao²⁸ y José Guillermo Andueza Acuña.²⁹ También las obras de Ortiz y Ortiz relevan un encumbrado conocimiento de los procesos constitucionales; así como el novedoso libro de René Molina Galicia.³⁰

Ecuador cuenta varias obras de Hernán Salgado Pesantes, al igual que Colombia que desarrolla un nutrido conjunto de trabajos sobre la tutela constitucional. Particularmente es relevante la academia ejercida por Ernesto Rey Cantor.³¹ También hay un libro sobre la disciplina de Javier

²² *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, FUNDAP, 2002; *La acción constitucional de amparo en México y España*, Porrúa, 2000; *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2a. ed., Porrúa, 2004 y la coordinación de un auténtico tratado de *Derecho procesal constitucional* que en cuatro volúmenes lleva editado, 4a. ed., Porrúa, 2003.

²³ *La defensa de la Constitución*, México, Universidad San Carlos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

²⁴ *Derecho procesal constitucional*, Juricentro, 1995.

²⁵ *Derecho procesal constitucional*, Ancón, 1999.

²⁶ *Estudios de derecho constitucional panameño*, 1987.

²⁷ *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Venezuela, Ediciones Jurídicas Venezolanas, 1977.

²⁸ *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, 1998.

²⁹ *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, 1974.

³⁰ *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial*, 2002.

³¹ *Introducción al derecho procesal constitucional*, Universidad Libre, 1994; *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal y derechos humanos procesales, ciencia y derecho*, 2001, entre muchas más.

Henao Hidrón,³² y otro de Julia Victoria Montañó de Cardona, titulado *Derecho constitucional procesal*.³³

En Perú la bandera la enarbola Domingo García Belaunde;³⁴ y lo siguen Anibal Quiroga León,³⁵ César Landa Arroyo,³⁶ Eloy Espinosa-Saldaña Barrera,³⁷ Elvito A. Rodríguez Domínguez,³⁸ y el colectivo dirigido por Susana Castañeda Otsu.³⁹

En Chile se destaca Humberto Nogueira Alcalá (conduciendo en varios frentes la investigación y el desarrollo científico, desde su posición de director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca), y las publicaciones de Francisco Zúñiga Urbino⁴⁰ y Raúl Tavolari Oliveros.⁴¹

En Bolivia lidera José Antonio Rivera Santivañez con *La justicia constitucional en Bolivia —1998/2003—, Jurisdicción constitucional y Tribunal Constitucional y AEIC*.⁴²

Mientras que de Brasil se conocen textos específicos de Roberto Rosas⁴³ y de Marcus Orione Gonçalves Correia.⁴⁴ En Uruguay fue premonitorio el libro de Adolfo Gelsi Bidart,⁴⁵ luego seguido por Eduardo G. Esteva Gallichio que comanda el derecho procesal constitucional uruguayo.

En Argentina el líder indiscutido es N. Pedro Sagüés, quien en varias ediciones viene publicando su *Derecho procesal constitucional*, integrado por *Recurso Extraordinario* (2 volúmenes), *Amparo* y *Habeas Corpus*.

³² Temis, 2003.

³³ Leyer, 2000.

³⁴ *Derecho procesal constitucional*, Temis, 2003; *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Grijley, 2000.

³⁵ *El debido proceso legal en Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Jurista Editores, 2003.

³⁶ *Teoría del derecho procesal constitucional*, Palestra, 2003.

³⁷ *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Ara, 2003.

³⁸ *Derecho procesal constitucional*, Grijley, 1997.

³⁹ *Derecho procesal constitucional*, Jurista Editores, 2003.

⁴⁰ *Elementos de jurisdicción constitucional*, UCH, 2002.

⁴¹ “*Habeas corpus*. Hacia la codificación de la justicia constitucional”, *Revista de Derecho*, Chile, año IV, núm. 2, julio-diciembre de 1990.

⁴² 2001, 2003, respectivamente.

⁴³ *Direito processual constitucional*, Dos Tribunais, 1983.

⁴⁴ *Direito processual constitucional*, Saraiva, 1998.

⁴⁵ *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1986.

Augusto Mario Morello publicó *Constitución y proceso*,⁴⁶ que se suma a un conjunto nutrido de libros sobre el recurso extraordinario, amparo y otros procesos constitucionales, que suman más de cien obras de este extraordinario maestro.

Humberto Quiroga Lavié también escribió sobre la disciplina en el *Amparo colectivo*;⁴⁷ lo mismo que Adolfo Armando Rivas⁴⁸ y Germán J. Bidart Campos.⁴⁹

Juan Carlos Hitters realizó un estudio inicial conocido como *El derecho procesal constitucional*;⁵⁰ que luego amplió en las ediciones del libro colectivo coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor que antes indicamos.

De nuestra parte, llevamos publicado en esta editorial, con el título de “derecho procesal constitucional”, los libros siguientes: *Amparo* (2001), *Habeas Data* (dos volúmenes, 2002 y 2003), *Debido proceso* (2004) y, *Protección procesal de usuarios y consumidores* (2004). Con la editorial de Belgrano publicamos *Derecho procesal constitucional* (1999), y con Ediar, *Introducción al nuevo derecho procesal* (1988).

Estudios particulares sobre *La justicia constitucional* (1997) y *El derecho de amparo* (1998), fueron divulgados por Depalma.

En México, con el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas se editó: *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos. Vínculos y autonomías* (1995).

Finalmente, es recomendable para los estudiosos de esta nueva disciplina la suscripción a la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, que dirigen Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Aníbal Quiroga León, que lleva tres números y tiene publicación semestral a cargo de la editorial Porrúa de México.

⁴⁶ Abeledo Perrot, 1998.

⁴⁷ Rubinzal Culzoni, 1998.

⁴⁸ *Amparo*, La Rocca, 1987 y 2003.

⁴⁹ *La Corte Suprema. El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Ediar, 1984; y antes con el *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, 1968.

⁵⁰ Revista El Derecho, t. 121, pp. 881 y ss.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD ABIERTA*

Peter HÄBERLE**

SUMARIO: I. *Introducción*. Primera parte: Sociedad abierta. Garantías de apertura del Estado constitucional hacia “adentro” y hacia “afuera”. II. *El concepto*. III. *Garantías de apertura hacia “adentro”*. IV. *Garantías de apertura hacia “afuera”*. Segunda parte: “Jurisdicción constitucional”. V. *Dimensión histórica y comparación mundial*. VI. *Elecciones al Tribunal Constitucional*. VII. *Competencias*. VIII. *Derecho procesal constitucional como derecho del pluralismo y la participación*. IX. *Efectos vinculantes, “consecuencias” de las decisiones del Tribunal Constitucional*. Tercera parte: La jurisdicción constitucional como parte de la sociedad abierta, como tribunal social *sui generis*, como participante en la actualización del contrato social constitucional. X. *El Tribunal Constitucional Federal como “Tribunal Constitucional”, como “tribunal social” sui generis*. XI. *La jurisdicción constitucional “en el” contrato social: el Tribunal Constitucional Federal Alemán como regulador en el proceso continuo de garantía y actualización de la Constitución como contrato social*. XII. *Aplicación variable en el tiempo y el espacio*. XIII. *Panorama y conclusión*. XIV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actual fase de desarrollo del “tipo Estado constitucional”, para el tema aquí a tratar, sólo un planteamiento desde el primer momento com-

* Traducción de Joaquín Brage Camazano.

** Catedrático emérito de derecho público, D. eclesiástico y filosofía del derecho de la Universidad de Bayreuth, Alemania. Doctor *honoris causa* múltiple por varias universidades europeas y latinoamericanas, con parte de su obra traducida a numerosos idiomas.

parativo es productivo. El mismo se emprendió especialmente para la jurisdicción constitucional en la contribución del autor para el Homenaje al Tribunal Constitucional Federal de 2001 (tomo I, pp. 311 y ss.): “Das BVerfG als Muster einer selbstständigen Gerichtsbarkeit”.¹ Hasta ahora, y hasta donde conocemos, falta un estudio que discuta de modo parecido la “sociedad abierta” en una perspectiva jurídico-constitucional iuscomparada. Ello se intenta hacer, no sin riesgo, en lo que sigue, especialmente en conexión con la jurisdicción constitucional. Ambas, la “sociedad abierta” y la “jurisdicción constitucional”, sólo pueden ser tratadas en una simultaneidad intelectual. Sin embargo, la siguiente “primera parte” se dedica, primariamente, a la “sociedad abierta” y la segunda, en principio separada, a la “jurisdicción constitucional”. Ambos temas deben reunirse en la tercera parte, a pesar de que ello, a la vista de la brevedad fijada incluso para este “gran tema”, sólo es posible en palabras-clave.

PRIMERA PARTE: SOCIEDAD ABIERTA. GARANTÍAS DE APERTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL HACIA “ADENTRO” Y HACIA “AFUERA”

II. EL CONCEPTO

La “sociedad abierta” es el prototipo diseñado en 1945 por Sir Popper como contraprograma a los sistemas filosóficos de un Platón y un Hegel, pero también al fascismo y comunismo totalitarios. Ella tiene tras de sí, como palabra y como concepto, una historia de éxito sin igual, en principio en el mundo occidental, y después de 1989, por lo menos según los textos constitucionales, también en la Europa del Este; ya es casi un “lugar común” en el buen sentido de la palabra, se encuentra incluso expresamente en nuevos textos constitucionales (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Perú de 1979, así como en la Europa del Este: el Preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992: “sociedad abierta, burguesa armónica”) y es casi indiscutida en la ciencia (véase también la

¹ La versión en español es Häberle, Peter, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, en Häberle, Peter y Hesse, Konrad, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, México, Porrúa-IMD Derecho Procesal Constitucional, colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional dirigida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2005, traducción y estudio introductorio de Joaquín Brage Camazano (*nota del traductor*).

Sentencia del KPD de BVerfGE 5,85, especialmente 134 y ss, 197 y ss.). Jurídico-constitucionalmente, apenas ha sido tratada en una perspectiva básicamente iuscomparada. Hubo conatos de ello en la tesis “La Constitución del pluralismo” (1980), también en la palabra de la “sociedad pluralista” (BVerfGE 52, 223, 252). Desde hace poco pasa la llamada “sociedad burguesa” a primer plano, también en los textos constitucionales (*cfr.* el Preámbulo de la Constitución de Chechenia de 1992: “Principios de la sociedad burguesa”). Su objetivo es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y en parte también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del “mercado” y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. El pensamiento *desde el ciudadano y su sociedad* debe limitar y corregir el tradicional “pensamiento desde el Estado”. La ciudadanía de la Unión (artículos 17 y ss. CE) contribuye a ello. Si se elaboran las garantías de apertura del Estado constitucional con los métodos y contenidos de la teoría constitucional comparada, se puede esbozar la siguiente imagen:

III. GARANTÍAS DE APERTURA HACIA “ADENTRO”

Con todas las reservas contra la diferenciación de lo “exterior” y lo “interior”, hay que mencionar como elementos constitutivos del Estado constitucional abierto, antes que nada, a los derechos de igualdad y de libertad que se derivan de la dignidad de la persona: garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde *el ciudadano* (La “Libertad y apertura del proceso político” y la “Apertura del ordenamiento constitucional” de K. Hesse, 1966).

Al mismo tiempo, sucede lo mismo por virtud del principio democrático basado en la dignidad de la persona: las *elecciones* libres, iguales y secretas, justas, *periódicas* (“dominio a plazo”) condicionan la apertura social. Elaboran el cambio social en el horizonte de “tiempo y Constitución”. A ello corresponde la específica apertura del derecho de partidos (ninguna valla excesiva para los nuevos aspirantes: “igualdad de oportunidades de los partidos políticos”). Las regulaciones, por ejemplo en materia de la cláusula de bloqueo del 5%, varían según cada Estado constitucional nacional, pero hay límites por arriba. La cada vez más subrayada conexión de “democracia y opinión pública” (G. Heinemann: “La opi-

nión pública como oxígeno de la democracia”, aclara que la “sociedad abierta” sólo es posible como pública, aun con toda la protección irrenunciabile de la privacidad.

Si se comparan las Constituciones individuales, se pueden reconocer *garantías específicas de pluralismo*:

- En general, el preámbulo de la Constitución de Moldavia de 1994: el pluralismo político como “bien supremo”.
- Véase también el artículo 1,1 de la Constitución de España de 1978.
- Destacable igualmente el artículo 8,1 de la Constitución rumana de 1991: “el pluralismo en la sociedad rumana es una condición y una garantía de la democracia constitucional”.
- El artículo 15,1 de la Constitución de Ucrania de 1994 habla de “variedad política, económica e ideológica”.
- El artículo 1,2 de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991: “pluralismo político”.
- Igualmente el Preámbulo e la Constitución del Chad de 1996.
- El Preámbulo de la Constitución de Benín (1990) habla de la “democracia pluralista”.
- Véase igualmente el Preámbulo de la Constitución de Mali de 1990.
- El Preámbulo de la Constitución de Burundi de 1991 apela al “orden democrático pluralista”.
- El Preámbulo de la Constitución del Congo de 1992 aspira a “Unidad en la diversidad cultural”.

Son ejemplos especiales también de la realidad constitucional en particular la variedad de los medios, el equilibrio entre el poder sindical y el empresarial, las libertades públicas como las de manifestación y asamblea, no en último lugar la libertad de información y la de prensa, así como la libertad económica y de ciencia. A partir de ello gana en evidencia la tesis de la Constitución como proceso público (1969).

La sociedad burguesa, en lugar de las (hasta ahora demasiado poco investigadas) “sociedades paralelas”, necesita sus condiciones marco jurídico-constitucionales; éstas (por ejemplo, en París y Berlín especialmente en el “medio ambiente de inmigrantes”) dividen el viejo concepto europeo del “ciudadano” y privan a la apertura literalmente de su propio “suelo” y raíces. Se necesita un *humus*, una base, desde la que se pueda

pensar y practicar la “apertura”. Es la Constitución la que fija, más estrictamente o con mallas grandes, estas reglas como condiciones-marco. Las garantías para los grupos plurales multiculturales, como sociedades religiosas “extrañas”, por ejemplo el Islam, hay que verlas desde este trasfondo.

Las Organizaciones No Gubernamentales como “sistema de advertencia temprana” tienen el gran mérito de hacer las sociedades *constituidas* más abiertas, con frecuencia precisamente allí donde las mismas están ideológicamente “anquilosadas”, “ciegas” o incluso parcialmente “cerradas”. Pero deben adaptarse a las condiciones del concreto Estado constitucional. Una teoría constitucional general de la sociedad abierta es hoy un *desideratum* de la ciencia (un elemento lo constituye, por ejemplo, el esperado “diálogo social”: Preámbulo de la Constitución de Polonia de 1997). Las clásicas teorías del contrato social deben actualizarse. Los textos hasta ahora citados de las nuevas Constituciones señalan la dirección y son una prueba de que el Estado constitucional tematiza de nuevo y explícitamente la sociedad abierta en el actual desarrollo de los niveles textuales.

Un intento especial de aplicar la “sociedad abierta” de Popper a la ciencia del derecho constitucional fue, y es, el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Desarrollado en 1975, recientemente aplicado a la Constitución europea *in nascendo*, este paradigma inserta a los ciudadanos, a cada ciudadano, en el proceso de interpretación constitucional. La palabra-clave reza: “Constitución para todos” y “de todos”. Cada quien que vive una norma constitucional la co-interpreta en un sentido amplio, profundo. Se hace referencia no sólo a los ámbitos cubiertos por los derechos fundamentales, en los que el titular del derecho opera o “interpreta” respecto de su llamada “autoconcepción” puesta en práctica, por ejemplo:

- La libertad de religión (desde BVerfGE 24, 236, 245 ss.; 99, 100, 125), o
- La libertad de coalición y arte (*cf.* también BVerfGE 83, 130, 148; más generalizadamente: BVerfGE 54, 148, 155 y ss.).
- También el ciudadano que eleva un amparo constitucional, da su opinión ante el Tribunal Constitucional, es un intérprete constitucional en este amplio sentido.

La expresión de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” (1975) es tan poco pensable sin Popper como científico-culturalmente, sin el “sacerdocio de todos los creyentes” de los protestantes; sigue siendo discutida en Alemania, pero también se le cita mucho (últimamente, F. Fromme, en el *Frankfurt Allgemeine Zeitung*, del 13 de octubre de 2005, p. 37). Experimenta actualmente, sobre todo en Alemania, y de manera especial en Brasil, hasta en cuestiones particulares del derecho procesal constitucional (*amicus curiae briefs*) un reconocimiento alentador. La sociedad abierta es una “constituida”, reconocible, por ejemplo, en la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Es expresión del *status culturalis* del individuo; el *status naturalis* es una (irrenunciable) ficción. No hay ninguna “libertad natural”, sólo hay libertad cultural.

La así concebida “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” necesita la *fundamentación cultural*, en especial a la vista de la economización total que se está propagando. Se trata de lo que mantiene en último término unido, en lo más íntimo, a un Estado constitucional como sociedad burguesa constituida (seguramente, ello no es primariamente el “mercado”). Con otras palabras, la tesis del “concepto abierto, plural, de cultura” (1979) es aquí aplicable.

Una “respuesta última” no se ha encontrado todavía. El “patriotismo constitucional” (D. Sternberger), y también la “cultura dominante” pueden ser intentos de vincular la apertura y el consenso básico uno con otro. Pero no pueden ser la “última palabra”. La Ley Fundamental, como “cultura dominante” vinculante, es, con la acentuación de su apertura, una fórmula posible, pero tampoco más que eso. El pasaje en el artículo 1o., frase 2a. de la Constitución eslovena de 1992 (no “se vincula a ninguna ideología o religión”) es importante y representativo del tipo “Estado constitucional”.

IV. GARANTÍAS DE APERTURA HACIA “AFUERA”

La apertura de la sociedad en lo interno tiene hoy su correspondencia en la apertura “hacia fuera”. Al respecto, se piensa ciertamente que el concepto clásico de soberanía se ha relativizado hace tiempo y el esquema interno/externo posee solamente un limitado valor cognoscitivo. Las palabras-clave son “estatalidad abierta” (K. Vögel, 1964), “Estado constitucional cooperativo” (P. Häberle, 1978), que se manifiestan en cláusulas

las de cooperación como el artículo 28,2 de la Constitución de Grecia de 1975 y el Preámbulo de la Constitución española de 1978. Es útil la expresión del “derecho político cosmopolita” (D. Thürer, 2005), pero también la comprensión de la “constitucionalización” del derecho internacional en su conjunto.

Los motores de esta constitucionalización siguen siendo cada uno de los Estados constitucionales nacionales, que transforman su comunidad supraestatal de la mera coexistencia pacífica en una cooperación pacificadora. Algunas garantías de esta apertura son:

- La recepción declarada abierta de los derechos universales de la persona que llevan a cabo expresamente muchas nuevas Constituciones. Por ejemplo: el artículo 10,2 de la Constitución española de 1978; el artículo 2,3 de la Constitución de Brandenburgo de 1992; el artículo 4o. de la Constitución de Moldavia de 1994; el Preámbulo de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991; el artículo 10 de la Constitución de Burundi de 1992.
- La palabra-clave es también el “filioiusinternacionalismo”, por ejemplo, de la Ley Fundamental (BVerfGE 6, 303, 362; 18, 112, 121; 31, 58, 75 y ss.; 58, 1, 41; 60, 343, 379 y ss.; 111, 307 y 324 y ss.), así como la apertura del mercado (“mercado mundial”), por tanto, la comunidad mundial abierta en el ámbito económico e Internet, contra el que los Estados en sí cerrados, como China o Corea del Norte, sólo con esfuerzos pueden defenderse.
- Los derechos humanos se convierten en “derecho interno del Estado constitucional” (véase también el artículo 1,2 de la Ley Fundamental en atención a la Convención Europea de Derechos Humanos).
- Agréguese las cláusulas de responsabilidad como el artículo 151 de la Constitución de Guatemala de 1985.
- Luego la Constitución de las *uniones regionales de Estados y Constituciones*, como la Unión Europea, por virtud de artículos expresos sobre Europa (por ejemplo, el artículo 23 de la Ley Fundamental). Para el ámbito americano, recuérdese el Tratado Norteamericano de Libre Comercio.
- También los artículos sobre posible transferencia de derechos de soberanía (*cf.* artículo 24 de la Ley Fundamental; artículo 117 de

- la Constitución de Mali de 1992; el artículo 123,1 de la Constitución de Albania).
- La disposición a ayuda humanitaria para pueblos con escasez (artículo 54,2 de la Constitución de Berna de 1993), así como
 - Objetivos de educación como la “reconciliación de los pueblos” (artículo 148 de la Constitución de la República de Weimar, de 1919).
 - Luego las normas para el mejoramiento de la posición jurídica de los extranjeros. Es llamativo el Preámbulo de la Constitución de Rusia de 1993, que ve al país como “una parte de la comunidad mundial” (véase también la renuncia a la soberanía en interés de la unidad africana en el artículo 122 de la Constitución de Nigeria de 1996).
 - Desde el lado de la ciencia, la teoría de la comparación jurídica como “quinto” método interpretativo (1989) alcanza una específica apertura de los Estados constitucionales en la relación de unos con otros. Los dos tribunales constitucionales europeos, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son aquí especialmente exigentes.

SEGUNDA PARTE: “JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”

V. DIMENSIÓN HISTÓRICA Y COMPARACIÓN MUNDIAL

La jurisdicción constitucional “en el” Estado constitucional tiene hoy una gran historia de éxito, casi mundial. Hay que diferenciar los dos “modelos” de la “jurisdicción constitucional autónoma” según el tipo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 1803, que comenzó en el caso *Marbury vs. Madison* (derecho judicial de examen) y la llamada “jurisdicción constitucional autónoma”, establecida por primera vez en Austria en la llamada Constitución de Kelsen de 1920 (el Tribunal del Estado de Weimar de 1919 se vanagloriaba demasiado de su debilidad). Ambos modelos son tipos de igual valor de jurisdicción constitucional material, puesto que los dos cumplen en la práctica el postulado de la “primacía de la Constitución” y aplican el derecho judicial de examen. Ya *hic et nunc* se puede decir que ambos son una verdadera jurisdicción característica de la “sociedad abierta”, independiente. Al respecto, la apertura es un ar-

gumento para aquellos que hoy en los Estados Unidos de Norteamérica quieren abrogar el “life tenure” de los jueces de la Suprema Corte.

VI. ELECCIONES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aquí son manifiestos los déficits en atención a la “sociedad abierta”. El postulado de la “representación social” no se cumple con frecuencia, porque los partidos políticos monopolizan en muchos Estados constitucionales la elección de cada juez constitucional. Éstos, sin embargo, una vez elegidos, en su mayoría dictan “jurisprudencia del pluralismo” independiente de los partidos, pero la elección no es abierta.

Por lo menos en Estados Unidos de Norteamérica existen las *hearings* ante el Senado para los candidatos a juez; la Constitución de Brandenburgo osa igualmente fijar una comparecencia (artículo 112,4, frase 4a.); pero, en lo demás, las elecciones de los jueces constitucionales siguen siendo “cerradas”.

Una cierta relajación ejemplar creó la Constitución de Italia (1947): el presidente de Estado llama, según el artículo 135,2 de la Constitución, a un tercio de los jueces constitucionales (véase también el artículo 140,2 de la Constitución de Rumanía de 1991; el artículo 88,2, frase 2a. de la Constitución de Georgia de 1995; el artículo 107,2 de la Constitución de Madagascar de 1995). Ejemplarmente, el artículo 112,4, frase 2a. de la Constitución de Brandenburgo exige: “En la elección hay que aspirar a que las fuerzas políticas del país estén representadas proporcionalmente en sus propuestas”.

VII. COMPETENCIAS

En lo que sigue se cuestiona si la “sociedad abierta” se hace notar, y cómo, en las competencias de los tribunales constitucionales. Lo que es totalmente seguro es que así es cuando, como en la Ley Fundamental, “cualquiera” tiene la posibilidad de plantear un amparo constitucional (falta todavía, lamentablemente, por ejemplo, en Italia y en la Unión Europea). Porque con esta apertura del acceso el tribunal constitucional se transforma en “tribunal civil” *par excellence*.²

² Al respecto, véase Häberle, Peter, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano*, México, Fundap, 2005, traducción y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano (*nota del traductor*).

La “sociedad burguesa”, como nueva expresión para la “sociedad abierta”, se hace efectiva también en la posibilidad para los grupos plurales (por ejemplo, asociaciones) de lograr acceso al tribunal constitucional. En Alemania, se añade la legitimación orgánica de los partidos políticos (artículo 93,1, núm. 1, de la Ley Fundamental).

En algunas competencias, se confía incluso de forma totalmente específica a los tribunales constitucionales la apertura de la sociedad: por ejemplo, cuando un Estado constitucional se ha decidido a favor de la democracia “defensiva”, “axiológicamente vinculada” frente al totalitarismo (prohibición de partidos inconstitucionales, artículo 21 de la Ley Fundamental; véanse también los artículos 18 y 9,2 de la Ley Fundamental).

Toda apertura tiene sus *límites*. Un tribunal constitucional puede “guardarla”, si bien él no es el muy conjurado “guardián de la Constitución”.

En conjunto, el *optimum*, y no el *maximum*, de competencias podría ser una garantía de la apertura de la Constitución y de su sociedad, por tanto, tener un haz típico de competencias: amparo constitucional, materias de revisión electoral, controversias del Estado federal o del Estado regional, control normativo concreto y eventualmente abstracto, legitimación orgánica, legitimación de los presidentes y los jueces, competencias consultivas ocasionales. Detrás de todo ello está la idea directriz de evitar el abuso de poder, de la protección de los derechos fundamentales y las minorías, del trabajo para lograr el consenso básico, del equilibrio de poderes, de la garantía del pluralismo y de la apertura de la sociedad.

VIII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO DEL PLURALISMO Y LA PARTICIPACIÓN

El derecho procesal constitucional, por así decirlo la “Ley Fundamental” de la jurisdicción constitucional, se demuestra, en una consideración más de detalle, como fundamental para cada sociedad abierta. La ciencia del derecho procesal constitucional experimenta actualmente en Latinoamérica —especialmente en Brasil, Perú y México— un enorme auge.

No es ninguna casualidad que las Constituciones recientes reconozcan que el derecho procesal constitucional tiene tareas y posibilidades específicas. En mi opinión, las mismas consisten en crear especiales po-

sibilidades de pluralismo y participación. La publicidad de las audiencias (en Suiza, ¡incluso de las deliberaciones!) corresponde a lo anterior. El “diálogo jurídico” (A. Arndt) debe (poder) hacerse realidad ante el foro del tribunal constitucional. Las “audiencias” de todo tipo, en la praxis del Tribunal Constitucional Federal en parte ejemplarmente llevadas a cabo (por ejemplo, BVerfGE 49, 304, 310 y ss.; 57, 70, 80 y ss.; 62, 117, 137 y ss.); 63, 255, 276 y ss.; 94, 241, 252 y ss.) sirven a este objetivo.

En Brasil, la Suprema Corte ha apelado recientemente de modo expreso, en sentencias particulares, a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” para justificar el instituto del *amicus curiae briefs*. El derecho procesal constitucional se transforma así en garantía del pluralismo y la participación, por gravoso que ello pueda ser a la vista de la sobrecarga de la mayoría de los tribunales.

Pero el instrumento más afortunado de apertura de la jurisdicción constitucional a la sociedad abierta es el voto particular: desarrollado por los Estados Unidos de Norteamérica, puesto en práctica en numerosos países (por ejemplo, Ucrania, Croacia, Alemania, Albania), en España regulado incluso a escala constitucional (artículo 164,1 de la Constitución de 1978), convierte a la Constitución en “proceso público”, lleva la apertura de la sociedad al tribunal constitucional y la devuelve de éste a aquélla (“jurisprudencia del pluralismo”). Y participa en el contrato social constitucional.

IX. EFECTOS VINCULANTES, “CONSECUENCIAS” DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sociedad abierta es “congenial” a una jurisdicción constitucional en la variada conformación de los diferentes efectos vinculantes o “consecuencias” de sus decisiones (artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal; *cfr.*, por ejemplo, BVerfGE 104, 191, 196 y ss.). El Tribunal Constitucional Federal ha creado un diferenciado haz: desde la declaración de nulidad de una ley hasta las “decisiones apelatorias”, el mero *obiter dictum*, pasando por la mera determinación de la inconstitucionalidad, y los jueces tienen la posibilidad del voto particular.

Los tribunales constitucionales no son, en mi opinión, “intérprete auténtico de la Constitución”, como lo dicen algunas Constituciones (por ejemplo, la Constitución de Albania de 1988, el artículo 124,1: “interpre-

tación definitiva”; el artículo 149,1 de la Constitución de Burundi de 1992: “el intérprete de la Constitución”; el artículo 149,1, núm. 1 de la Constitución de Bulgaria: “interpretación vinculante de la Constitución”), sólo son *un* intérprete en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, evidentemente uno cualificado de manera especial.

TERCERA PARTE: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO PARTE
DE LA SOCIEDAD ABIERTA, COMO TRIBUNAL SOCIAL *SUI GENERIS*,
COMO PARTICIPANTE EN LA ACTUALIZACIÓN
DEL CONTRATO SOCIAL CONSTITUCIONAL

X. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO “TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL”, COMO “TRIBUNAL SOCIAL” *SUI GENERIS*

El Tribunal Constitucional Federal tiene, considerado formalmente, todas las propiedades de un tribunal estatal, utilizando su propia terminología (véase también BVerfGE 18, 241; 22, 42; 26, 186; 48, 300, 315 y ss.), es decir, se basa en una ley estatal, y el Estado regula, o influye en, el nombramiento de los jueces. Es, sin embargo, bastante más: es el tribunal *constitucional*, es decir, competente para controversias constitucionales materiales detalladas enumerativamente. El peso total de esta afirmación se entiende sólo a partir de una aclaración del concepto de Constitución. La “Constitución” es el orden jurídico básico del Estado y la sociedad, no es sólo restricción del poder estatal y es autorización al poder *estatal*. Comprende al Estado y a la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde el principio más allá del dogma de la separación del Estado y la sociedad.

Que el Tribunal Constitucional Federal es “tribunal constitucional” de *toda la res publica*, tiene repercusiones muy concretas en cuestiones de detalle, por ejemplo, en la recusación de los jueces; tiene además como consecuencia que el Tribunal no se puede atar a *una* u otra “Escuela”, sino que se debe esforzar por una integración pragmática de *elementos* teóricos.

Esta *referencia constitucional material* de la jurisdicción constitucional tiene implicaciones materiales y procesales: por ejemplo, en su vinculación al modelo del pluralismo y en la exigencia de la construcción

del derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos pluralistas de información y participación, por tanto, la sociedad abierta.

También la elección de los jueces constitucionales, del espectro de todos los partidos (y es de esperar que en el futuro vaya más allá de éstos), inserta de un modo efectivo al pluralismo en el proceso constitucional (y ejerce una influencia sobre él). Ello es presupuesto para un timonaje de la sociedad por parte del Tribunal Constitucional y “su” derecho. Aquí se produce un efecto recíproco: cuanto más interviene el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el proceso de conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él, quiere hacerse escuchar “en Karlsruhe” [sede del Tribunal Constitucional Federal Alemán]. Hasta qué punto es así se comprobó en el asunto de la cogestión: casi se percibían (1978) las líneas de fuerza de la opinión pública de la sociedad en la Sala de sesiones (BVerfGE 50, 290).

Este planeamiento conduce a un “nivel” ulterior. Hay que ver al Tribunal Constitucional Federal Alemán en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: es un “tribunal social” *sui generis* y en sentido amplio. A través de su jurisprudencia se abre a la variedad de ideas e intereses —la asume—, y viceversa, guía él a la sociedad. Considerando la elección de los jueces, la aplicación de su derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación [por ejemplo, en la estructuración de aspectos parciales de la sociedad sobre el “efecto frente a terceros” de los derechos fundamentales, últimamente BVerfGE 95, 28 (37)], es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno “estatal”. ¡Ello tiene consecuencias de más alto nivel, pero también para el trabajo diario del Tribunal!

El Tribunal Constitucional Federal Alemán y su derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad.

Su actividad —transformadora de Estado y sociedad— se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución —y la Ley Fundamental— quien regula no sólo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en “sociedad constituida”. De un modo específico, el Tribunal Constitucional Federal Alemán actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia en el ámbito de la *res publica*, entre el “Estado” y el “particular”, al que se puede llamar la “sociedad” o el ámbito de lo público —pluralista—. Así se muestra no sólo en la efectivización de los derechos fundamentales

desde la vertiente procesal [sobre ello, BVerfGE 46, 325 (333); 53, 30], sino también, en su práctica procesal, al servirse cada vez más de los instrumentos de información y participación del derecho procesal constitucional. Adquiere informaciones a través de una diferenciada praxis de audiencias y de formas niveladas de participación con relación a los grupos pluralistas, organizaciones como el DGB,³ las Confederaciones de empresarios y las Confesiones religiosas, etcétera [por ejemplo, BVerfGE 50, 57 (69ss.); 51, 115 (119ss.)]. Con ello, “penetra” el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los “oye” y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta. Por esta vía tiene que apoyarse en la doctrina científica. El derecho procesal constitucional se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en su “médium”, sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.

Del mismo modo que el itinerario de la ley parlamentaria fue históricamente, y es (también en el Estado constitucional), el intento de una transformación de lo social en lo estatal, se constatan ahora fenómenos —limitadamente— paralelos en los procesos ante el Tribunal Constitucional.

Formulado de otro modo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán se aproxima a la sociedad de dos modos: la guía de manera creciente por medio de su copiosa jurisprudencia (por ejemplo, sobre el “efecto frente a terceros” y la objetivización de los derechos fundamentales), la estructura y la transforma, a su manera, en una parte de la “sociedad constituida”. Justamente a causa de esta relación con la sociedad se ve en la necesidad de llevar en su derecho procesal a la sociedad ante su foro: así puede comprobarse en la praxis de información y participación pluralistas, sobre todo, en los “grandes procesos” [como en el proceso del *numerus clausus*: BVerfGE 33,303 (318 ss.)], pero también en procesos más pequeños.

Llevado al extremo puede formularse: el Tribunal Constitucional Federal Alemán gana un poco el carácter de un “tribunal de (toda) la sociedad” de un tipo especial. Pierde en la tradicional estatalidad en la medida en que es un factor en el proceso de constitución de la sociedad. Es un “tribunal constitucional” más allá de la separación del Estado y la socie-

³ DGB es el “Deutscher Gewerkschaftsbund” o Confederación de Sindicatos Alemanes (*nota del traductor*).

dad, de los tribunales estatales y “sociales” (como los llamados tribunales deportivos). El Tribunal Constitucional Federal Alemán se toma en serio a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”: no sólo procedimentalmente, es decir, en el derecho procesal constitucional, sino también materialmente, en su interpretación constitucional, en la que se hace eco de manifestaciones del gobierno federal (por ejemplo, declaraciones gubernamentales), de la propia comprensión de las Confesiones religiosas [BVerfGE 42, 312 (331); 46, 73 (95) o 83, 341 (356)] o de argumentos de una asociación como la Confederación “Libertad de ciencia” o de una institución como el Consejo de la Ciencia [cfr. BVerfGE 47,327 (384ss.)].

XI. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL “EN EL” CONTRATO SOCIAL:
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN COMO REGULADOR
EN EL PROCESO CONTINUO DE GARANTÍA Y ACTUALIZACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO SOCIAL

1. *La tesis*

La tesis reza: el Tribunal Constitucional Federal tiene una específica responsabilidad colectiva en la garantía y actualización de la Constitución como contrato social; codirige su proceso continuo; está vinculado en ello por el principio del pluralismo.

El modelo del contrato social —clásico patrimonio común europeo— es, en el sentido aquí utilizado, un modelo de pensamiento, un principio heurístico con la finalidad de garantizar la libertad personal y la justicia pública. No es ciertamente ninguna “horma” con arreglo a la cual se pueda tallar toda la realidad de una Constitución como proceso público; pero puede dar respaldo al adecuado dominio de dichas cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas, libre de “*vereinseitigende Setzungs-ideologien*”.⁴

⁴ La expresión alemana entrecomillada en el texto original alemán es difícilmente traducible, pero se refiere a aquellas ideologías que desconocen que la Constitución no es una simple y desnuda positivización de una decisión en el sentido del “decisionismo” (*nota del traductor*).

Su extensión al Tribunal Constitucional puede parecer osada a algunos; hasta donde sé, no se ha ensayado hasta ahora. El contrato social es tan viejo como relativamente joven es la (independizada) jurisdicción constitucional. Uno y otra no han sido todavía puestos en relación recíproca. Ésta puede ser una oportunidad. Debía ser aprovechada. La teoría clásica del contrato social ha servido a lo largo de la historia como modelo de explicación y justificación de los más diferentes contextos (desde J. Locke hasta J.-J. Rousseau, desde I. Kant hasta la discusión sobre el consenso básico). ¿Por qué no iba a poder desplegar un valor informativo para nuestros problemas, para las cuestiones de la jurisdicción constitucional, para la actualización de la Constitución?

2. *Material de ejemplo*

La compensación de cargas nos ofrece ejemplos positivos de la resolución materialmente satisfactoria de cuestiones constitucionales mediante el modelo del contrato social y de generaciones: el gran rendimiento de la posguerra, ya histórico. Tanto el legislador federal y el Ejecutivo con sus numerosas regulaciones de las consecuencias como también la economía política y las ciencias empresariales afectadas, cada ciudadano ha contribuido al éxito de esta obra comunitaria ejemplar; el Tribunal Constitucional Federal ha allanado el camino jurídico-constitucional. Se puede aquí hablar de una “acción concertada” de todos los ciudadanos y grupos en el mejor sentido de la palabra: de una prueba afortunada del contrato social y generacional, de una unión de todos con todos.

Pero el contrato social tiene hoy también una actualidad específica para la generación mayor: ¡se concreta en la palabra clave “contrato de rentas”! Ni pueden “los jóvenes” ser gravados más de lo debido, ni tampoco “los mayores” pueden verse decepcionados en su confianza en la joven generación como “parte contratante”. La generación joven tiene que pensar, por su parte, lo que han hecho su padre y su madre en la época de la construcción republicana después de 1945. Se trata de la justicia de la prestación y contraprestación entre generaciones.

El modelo del contrato social no es menos explosivo en atención a la sobrecarga que amenaza a la generación joven a través del *endeudamiento público* o la *energía nuclear*. No sólo la “economía” no puede ser “probada” hasta los límites de su capacidad de resistencia; tanto menos

puede el futuro humano de las generaciones ser sobrecargado con riesgos incalculables. ¡Son partes del contrato social, por tanto, no sólo los vivos, sino también los todavía no nacidos! A su favor existe una fiducia. Quizás incluso haya hoy que verla como global, es decir, como referida a todo el globo terráqueo de nuestro “planeta azul”. La sociedad mundial hay que verla en un “contrato mundial”; incluso si éste no existe fácticamente, se tiene que comportar como si existiera: en pro de toda la humanidad. Los pactos de derechos humanos de la ONU son perspectivas en relación a esto.

En particular, el Tribunal Constitucional tiene *corresponsabilidad*, no una responsabilidad *él solo*, respecto del contrato social constitucional, en especial el generacional. Tiene aquí, sólo *junto a otros*, en especial junto al legislador democrático, un lugar específico jurídico-funcionalmente a él otorgado. El Tribunal Constitucional Federal no puede, por ejemplo, aprobar una regulación de las pensiones que grave o exonere a la generación joven o a la vieja de manera desproporcionada; “formalmente”, se puede argumentar con el principio del Estado social, la dignidad humana, la protección de la confianza y el valor del trabajo, pero materialmente debería orientarse al modelo del contrato [social].

El círculo de los participantes en el contrato social y constitucional debe comprender, por tanto, a la sociedad *abierta*, no puede establecer la sociedad cerrada: los grupos marginales, los discapacitados, los grupos que no se pueden organizar o sólo difícilmente pueden hacerlo (por ejemplo, los ancianos), corresponden a ello al igual que las minorías religiosas. El acceso debería permanecer tan abierto como fuera posible, así como, al contrario que la expulsión, *la libertad de emigración* debería protegerse como *derecho humano*: ¡sólo las sociedades totalitarias deniegan esta “rescisión” individual del contrato social!

En una visión *rápida* de la participación del Tribunal Constitucional Federal en la conservación y cambio del contrato social (como factor operativo), en conjunto: en su acreditación, y reconociendo una responsabilidad colectiva de todos en este “contrato constitucional” (la reciente historia acredita cuántas Constituciones son un compromiso surgido históricamente y no algo “puesto” o “emanación”), resulta para el Tribunal Constitucional Federal (y *mutatis mutandis*, para la jurisdicción constitucional de los *Länder*) lo siguiente:

En el juego recíproco de tradición y transformación, de cambio y conservación, el Tribunal Constitucional Federal tan pronto avanza, así en

materia de protección de minorías (casos de los Testigos de Jehová), como retrocede considerablemente, por ejemplo en el ámbito económico, no puede “excluir” totalmente o en su mayoría a las generaciones de los procesos de desarrollo progresivo de la Constitución ni transformarse a sí mismo de Senado [Sala judicial] en “consejo de ancianos” (*Seniorat*), esto es, ver como parte del contrato social sólo a los ancianos y vivos. Periodos de *judicial activism* y de *judicial restraint* se pueden suceder unos a los otros a la luz de una concepción del Tribunal Constitucional Federal iluminada por el contrato social: el Tribunal Supremo norteamericano proporciona al respecto un buen material ilustrativo. Sigue existiendo, en especial, el ámbito independiente del legislador democrático como primer poder.

En esta visión *desde el contrato constitucional* encaja el (nivelado) *status activus processualis* de grupos pluralistas al igual que la visión social conjunta del derecho procesal constitucional. El Tribunal Constitucional Federal en sentido amplio, como “tribunal social” *sui generis* que hay que ver más allá del dogma de la separación del Estado y la sociedad, ya no aparece más como utópico. El *status activus processualis constitutionis* está en deuda, en primer lugar, con el ciudadano: el recurso constitucional de amparo que permanece abierto a cualquiera sin obligación de asistencia letrada es su genuino derecho *fundamental* desde el aspecto procesal, es una pieza nuclear del *status activus processualis constitutionis*. Pero la concepción específicamente jurídico-constitucional del derecho procesal constitucional conduce también a su significación como derecho de información pluralista y como derecho de participación para los grupos pluralistas; yo me refiero a la creciente praxis del Tribunal de dar la palabra en procesos constitucionales más o menos “grandes” a organizaciones como la DGB,⁵ las Confederaciones empresariales, otras federaciones y grupos. Ello es expresión de una concepción *vinculada a la sociedad* de la función del Tribunal Constitucional Federal como tribunal constitucional, esto es, como un tribunal que comprende al Estado y a la sociedad, lo que por ello también incluye las cualidades sustanciales de este conjunto.

⁵ DGB es el “Deutscher Gewerkschaftsbund” o Confederación de Sindicatos Alemanes (*nota del traductor*).

XII. APLICACIÓN VARIABLE EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

Los roles y funciones de los tribunales constitucionales comparados unos con otros y su tarea para la sociedad abierta se desarrollan y varían literalmente “con el correr del tiempo”, según el espacio y el tiempo en cada caso. Hay que entenderlos *históricamente*. Ni siquiera el “tipo” abstracto “Estado constitucional” permite o exige adoptar una declaración sobre qué papel tiene que jugar, por así decirlo, en términos absolutos un tribunal constitucional nacional o “regional” (supranacional) como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No puede haber, un *quantum* de competencias y funciones ya no reductible, por su parte, según el espacio y el tiempo, ni tampoco un *maximum* ni un *optimum*, pues ya pocos ejemplos bastan para mostrar lo condicionado que está, cronológica y espacialmente, nuestro problema. El Tribunal del Estado de la época de Weimar (1919) fue, pese a sus muy pocas competencias (por ejemplo, ¿no el amparo constitucional!), de todas formas un tribunal constitucional (aunque, más bien, un típico “tribunal del Estado”). El Tribunal Constitucional Federal alemán, con su volumen competencial probablemente el más grande considerado en perspectiva comparada a nivel mundial, es ciertamente un verdadero tribunal constitucional, quizás incluso más que eso (¿?), así como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. El asombroso desarrollo del *Conseil Constitutionnel* francés ha de ser mencionado. Si la especialización es muy escasa, por ejemplo como en México la competencia judicial de revisión electoral de los tribunales ordinarios, puede haber dudas, pero hay que rechazarlas (“tribunales constitucionales especiales”). El derecho de revisión electoral es una competencia constitucional de gran importancia precisamente para la sociedad abierta.

Un caso especial es todo lo relativo a situaciones de cambio histórico radical (“revoluciones”), como en los Estados reformados de la Europa del Este tras su superación de los sistemas electorales después de 1989 o en Latinoamérica después de la caída de los regímenes militares (¿mi respeto hacia la Corte Suprema de Argentina, que ha declarado en 2005 inconstitucional la “Ley de Punto Final”!).

A este respecto, corresponde a los tribunales constitucionales el rol del constituyente parcial para una sociedad abierta; deberían en la práctica “crear”, y en todo caso “desarrollar”, el derecho constitucional nacional;

los otros órganos constitucionales, como el Parlamento, los restantes tribunales, también la opinión pública, todavía no conocerían ni dominarían el “asunto” de la interpretación constitucional, a pesar de toda la “primacía de la Constitución” en los documentos. Aquí se trató también de “pedagogía constitucional”. En Hungría se habló de una “Constitución invisible” del Tribunal Constitucional. Se cuestionó el “activismo judicial”. En un sistema con democracia semidirecta, como por ejemplo la cultural y políticamente consolidada Suiza, la jurisprudencia constitucional material, por el contrario, se puede contener, más bien (al fin y al cabo se han desarrollado poco a poco pretorianamente los “derechos fundamentales no escritos” que luego la nueva Constitución Federal de 1999 ha recepcionado).

Sólo una consideración integral, que también tenga en cuenta a las otras funciones estatales, puede decir algo sobre el rol de la respectiva jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. El Tribunal Constitucional en Sudáfrica podría haber estado de 1993 a 1996 en una situación comparable a la de los países europeos: la jurisdicción constitucional creativa fue y es cuestionada precisamente en los procesos pluralistas y largos de “Nation building and Constitution making”. Es conocida la rica interacción de *judicial activism* y *judicial restraint* en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. Cuándo y cómo un Tribunal ha de intervenir de un modo más creativo o ha de mantenerse más en un segundo plano es una pregunta delicada pero crucial,⁶ ¡que en último término remite al “espíritu del pueblo” y al “espíritu del mundo”!, pero sobre todo depende de la sociedad abierta.

XIII. PANORAMA Y CONCLUSIÓN

La consideración *global* se ha comprobado como irrenunciable: la “sociedad abierta” y la “jurisdicción constitucional” forman una unidad inseparable hoy. La jurisdicción constitucional contribuye a constituir hoy en casi todos los países la sociedad abierta esencialmente (excepción: Grecia, donde, sin embargo, operan los dos tribunales constitucionales europeos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), y la jurisdicción constitucio-

⁶ En el original, “Gretchenfrage”, en alusión al *Fausto* de Goethe (*nota del traductor*).

nal, por su parte, vive de los impulsos y fuerzas, innovaciones, también los errores, de la sociedad abierta. No vive “de sí” misma, su vínculo *con la sociedad* es manifiesto. Cada Estado constitucional debe mantenerse sensible a las nuevas oportunidades y amenazas, a lo que la jurisdicción constitucional puede ayudar. Puede limitar el exceso en apertura y reforzar la comunidad política, pero también debe exigir, como lo ha hecho con tanto éxito en Alemania en materia de radiodifusión y televisión así como en materia de derecho de los partidos, apertura (pluralismo) y hacerla efectiva ella misma (“jurisprudencia del pluralismo”). La apertura de la jurisdicción constitucional como parte de la sociedad abierta significa también apertura a nuevos paradigmas de la ciencia. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha demostrado esta disposición con mucha frecuencia: piénsese en la doctrina de los derechos fundamentales garantías procesales (E 53, 30, 65 y ss., sobre todo el voto particular *Ibíd.*, 69 y ss.), o la palabra clave de la “concordancia práctica” (K. Hesse), por ejemplo, E 59, 360, 381; voto particular de Henschel en: E 78, 38, 54, 56; posteriormente, E 83, 130, 143 y 147 ss; 93, 1, 21.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, R., “Die europäischen Verfassungsgerichte und ihre Integrationskonzepte in vergleichender Sicht“, en SCHÄFFER, H. *et al.* (Hrsg.), *Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Friedrich Koja*, 1998, pp. 3 y ss.
- BADURA, P. y DREIER, H. (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, 2001, 2 ts.
- BRÜNNECK, A. Von, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Vergleich*, 1992.
- BÜDENBENDER, M., *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, 2005.
- FROWEIN, J. Abr., *et al.* (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1998.
- HÄBERLE, P., *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980.
- (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1982.
- , *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.

- , “Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates“, *EuGRZ*, 2004, pp.117 y ss.
- , *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998.
- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995 (reimpr., 1999).
- KREMP, W. (ed.), *24. Februar 1803. Die Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Folgen*, 2003.
- LERCHE, P., *Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen*, 2001.
- LUTHER, J., *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990.
- MASSING, O., *Politik als Recht – Recht als Politik. Studien zu einer Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2005.
- PIAZOLO, M., *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen*, 1994.
- RIECKEN, J., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, 2003.
- SCHULZE-FIELITZ, H., “Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes”, *AöR*, 122 (1997), pp. 1 y ss.
- SCHWARZE, J. (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998.

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES EN EL REINO UNIDO*

John Anthony JOLOWICZ**

SUMARIO: I. *Membresía de la Unión Europea*. II. *El Decreto de 1998 de los Derechos Humanos*. III. *Transferencia*. IV. *El Hunting Case: ¿un posible camino a seguir?* V. *Cuestiones de procedimiento*.

Después de su decisión en un caso judicial de 1610,¹ el magistrado presidente Coke escribió: “En muchos casos el *common law* controlará los actos del Parlamento, y en muchos de ellos los declarará completamente nulos: para cuando un acto del Parlamento vaya en contra de la razón o del derecho común, o sea incompatible o imposible de ejecutarse, el *common law* lo controlará y declarará que tal acto es nulo”. Esta declaración pudo haber jugado un papel muy importante en la evolución de la *judicial review of legislation* en los Estados Unidos,² pero fue completamente ignorado en Inglaterra. En 1842, en un caso donde se demandaba la inaplicación de la ley por un error procedimental debido a la falta de representación del proceso, la petición fue desechada por la Cámara de los Lores, y Lord Campbell expresó una norma contemporánea de la siguiente manera: “todo lo que una corte de justicia puede tener presente es el papel del Parlamento; considerarán si un decreto ha sido aprobado

* Traducción del inglés por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

** Profesor emérito de Derecho comparado en la Universidad de Cambridge, Inglaterra. *Fellow of Trinity College*.

¹ *Dr. Bonham's Case* (1610) 8 Co. Rep. 113b, 118a. Véase Thorne “Dr. Bonham's Case” (1935) 54 L.Q.R. 543 y bibliografía ahí citada.

² *Marbury vs. Madison* 55 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

por ambas Cámaras del Parlamento y si ha recibido el consentimiento real, que ninguna corte de justicia pueda cuestionar sobre la manera en que ésta fue presentada en el Parlamento o después en sus diversas etapas parlamentarias”.³

No es sólo un cuestionamiento para saber en qué manera la legislación parlamentaria aprobó la prohibición. Sino también para saber si hay alguna negativa de su validez en su contexto. La clásica doctrina de soberanía o supremacía parlamentaria⁴ es más contundentemente expresada por Dicey⁵ en el siguiente pasaje: “el principio de soberanía parlamentaria significa ni más ni menos, que el Parlamento, así definido,⁶ tiene bajo la Constitución inglesa, el derecho de hacer o no hacer ninguna ley cualquiera que ésta sea o que, ninguna persona o cuerpo sea reconocido por la ley de Inglaterra como para tener el derecho de anular o dejar de lado la legislación del Parlamento”.

Este principio ha sido por supuesto tema de discusión académica por muchos años ya que presenta dificultades a discutir. Por ejemplo ¿Puede el Parlamento obligar a sus sucesores? Desde un punto de vista estrictamente teórico la respuesta debe ser negativa. De una manera práctica, sin embargo, los problemas con este principio han causado ruido a las Cortes, las que raramente han restringido el trato a la legislación parlamentaria al campo de la interpretación y la aplicación. Si un decreto reciente es inconsistente con el anterior, se acepta que el anterior, por tanto, impugna al último.⁷

Recientemente, sin embargo, circunstancias nuevas han traído otro análisis. Tres factores en particular han jugado una parte muy importante. La membresía del Reino Unido en la Unión Europea, la representa-

³ *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. vs. Wauchope* (1842) 8 Cl. & F. 710. Véase también el caso contemporáneo de *Pickin vs. British Railways Board* [1974] A.C. 765.

⁴ Sujeto a lo que se dice en 3. *The Hunting Case*, en este contexto “Parlamento” significa las dos Cámaras de la Legislatura —*The House of the Commons* y *The House of Lords*— y el soberano cuyo consentimiento para legislar es esencial. De hecho, por la Convención moderna, dicho consentimiento no puede ir más allá de cuando ambas Casas han aprobado la ley en cuestión.

⁵ *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9a. ed., pp. 39 y 40 (publicado por vez primera en 1885).

⁶ Véase n. 4 ante.

⁷ Legislación delegada o secundaria, por ejemplo, toda la ley realizada fuera del Parlamento bajo la autorización de un Decreto Parlamentario está sujeta a su revisión en las cortes.

ción de los derechos humanos en el Decreto de 1998, atrayendo a las leyes locales gran parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, y la transferencia de los poderes legislativos. En algunas partes del Reino Unido y en épocas recientes se han realizado recomendaciones de algunos jueces sobre que la soberanía del Parlamento debería tener algunas otras restricciones. Se propone ver brevemente estas recomendaciones y luego mencionar ciertos aspectos de procedimiento.

I. MEMBRESÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

La regla general en el Reino Unido es que los tratados en los que forma parte no tienen efecto en las leyes locales a menos que un decreto parlamentario incorpore el tratado dentro de la ley local.

Además, la Corte Europea de Justicia estableció la primacía de la ley de la Comunidad Europea⁸ sobre la ley local, diez años antes de que el Reino Unido tuviera acceso a la Comunidad Europea en 1973.⁹

Estos dos factores hicieron que el Parlamento del Reino Unido tuviera una representación apropiada para hacer posible su membresía en la Comunidad Europea y que el Decreto de 1972 para las Comunidades Europeas fuera realizado para este fin. Dos aspectos del decreto son importantes para lo que aquí interesa: Primero, el Decreto estipula que los instrumentos legales de la Unión deben tener efecto en la ley local sin la necesidad de una legislación específica; y segundo, establece que ninguna promulgación aprobada o *por ser aprobada*¹⁰ debe ser interpretada o tener efecto sujeta a la ley de la Unión Europea.

Muchos estarían de acuerdo que la impugnación del Decreto de 1972 resultaba para todo efecto práctico una imposibilidad política. Pero la opinión legal ortodoxa, habría sostenido que el Parlamento que la aprobó no podría obligar a sus sucesores para que, si algún decreto era aprobado en lo subsiguiente, éste fuera inconsistente conforme las leyes europeas; el Decreto de 1972 habría sido impugnado implícitamente al punto de complacer el último decreto.

⁸ Para muchos propósitos la Comunidad Europea es conocida como la Unión Europea, y el título solo es usado cuando se cita directamente.

⁹ *Van Gent en Loos*, caso 26/62; [1963] C.M.L.R. 105.

¹⁰ Se hace énfasis.

Esa visión de la posición constitucional no fue mencionada en el litigio de una disputa con la industria pesquera española. El litigio relacionado con el uso de barcos pesqueros españoles que fueron registrados en el Reino Unido y que eran propiedad de compañías británicas en el que la mayoría de directores y accionistas de estas compañías eran ciudadanos españoles. Ellos se empeñaron en pescar en aguas británicas aun en contra de la cuota destinada al Reino Unido bajo la política de pesca adoptada por la Unión Europea. Para proteger las comunidades pesqueras británicas, el Reino Unido adoptó varias medidas incluyendo la aprobación de un decreto del Parlamento en 1998,¹¹ el cual requería la desincorporación de todos los buques británicos registrados anteriormente y que sólo se podría registrar una embarcación pesquera británica siempre y cuando sus dueños y el 75% de sus accionistas fueran ciudadanos británicos y avecindados en el Reino Unido.

Esto tuvo una inmediata consecuencia, en la que el 95% de los buques pesqueros no pudieron ser nuevamente registrados y, por lo tanto, no pudieron seguir con la pesca. Sus dueños comenzaron un juicio en la Corte Inglesa para cuestionar la legitimidad del Decreto de 1998 sobre la base de que sus términos, siendo fundamentados bajo nacionalidad y domicilio, eran contrarios a la ley de la Unión Europea. Ellos demandaron primero una suspensión en la que el decreto no debería ser aplicado en su contra esperando la determinación final del caso y consecuentemente una compensación. Los procedimientos fueron complejos y largos, que incluyeron audiencias ante la Corte de Justicia Europea acerca de la ley sindical Europea y ante Cortes inglesas. Se llevaron tres apelaciones en la Cámara. Al final, se consiguió que a los demandantes se les diera la suspensión que buscaban¹² así como la compensación.¹³

En el primer caso de la Cámara, Lord Bridge, quien llevo acabo el juicio, se refirió al Decreto de 1972 y dijo que ese Decreto tenía como resultado que el diverso Decreto de 1998 debería ser “interpretado y tener un efecto sujeto a ejecución directa de los derechos de la comunidad; y

¹¹ Decreto Mercante de 1998.

¹² *Reg. vs. Secretario de Estado del Transporte ex parte Factortame Ltd.* [1990] 2 A.C. 85; *ibidem* (No. 2) [1991] 1 A.C. 603.

¹³ *Reg. vs. Secretario de Estado del Transporte ex parte Factortame Ltd. No. (5)* [2000] 1 A.C. 524.

que esos derechos deberían ser «reconocidos y estar disponibles en la ley y... deberían ser cumplidos cabalmente»¹⁴. Lord Bridge continuó diciendo:

...esto tiene precisamente el mismo efecto que tendría el hecho de que en caso de que una sección fuera incorporada al Decreto de 1998 promulgara que los términos con respecto al registro de buques pesqueros británicos deberían de ser sin perjuicio alguno de la ejecución directa de los derechos de la comunidad de nacionales de cualquier miembro de la Comunidad Europea.¹⁴

Es difícil eludir la conclusión en lo que respecta al Decreto de 1972 en las comunidades europeas en cuanto a que el Parlamento no puede obligar a sus sucesores.

II. EL DECRETO DE 1998 DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos fue redactado en 1950 con el auspicio del Consejo de Europa y fue firmado por el Reino Unido en el mismo año, y éste fue el primero en ratificar el convenio al año siguiente.¹⁵ Sin embargo, muchos años tuvieron que pasar antes de que el Convenio fuera promulgado como ley local.¹⁶ Eso significó, por supuesto, que las cortes no podían fundamentar sus desiciones en el contexto del Convenio aunque ocasionalmente se remitían a éste.¹⁷ Eventualmente el Convenio se hizo parte de la ley local en virtud del Decreto de 1998 de los Derechos Humanos. Los detalles y características de los derechos protegidos por el Convenio y por el Decreto no son directamente relevantes en la materia de este trabajo, lo que sí es de interés es la manera en cómo se implementa el documento. Dos cuestiones en particular exigen ser analizadas. Primero, se le ordena a las Cortes que deben, en la medida de lo posible, leer y dar efecto a los términos legislativos incluyendo los contenidos en la legislación parlamentaria, cuando haya sido promulgado de alguna manera que sea compatible con los derechos pro-

¹⁴ [1990] 1 A.C. at p. 140.

¹⁵ No fue hasta el año de 1966, sin embargo, cuando el derecho de acceso individual a la Corte Europea fue aceptado.

¹⁶ Véase *supra*, texto n. 8.

¹⁷ Véase *Ej. R. vs. Miah* [1974] 1 W.L.R. 683; *Ahmad vs. Inner London Education Authority* [1978] Q.B. 36.

tegidos por el Convenio.¹⁸ Segundo, si la Corte está satisfecha de que no habrá alguna interpretación que lleve a discusión la legislación en cuanto a su compatibilidad con el Convenio, y si ésta podrá hacer una declaración de incompatibilidad.¹⁹ Se podría hacer una declaración similar si la legislación delegada es hallada compatible y no puede ser modificada sin, al mismo tiempo, modificar la legislación del Parlamento de la que ella depende.²⁰ Sin embargo, el decreto deja en claro que la declaración de incompatibilidad no afecta la validez, operatividad continua o aplicación de los términos en cuestión y no obliga a las partes a los procedimientos bajo los cuales está operando.²¹

Se puede apreciar que el principio de soberanía parlamentaria es ostensiblemente preservador. La corte no puede abatir un término legislativo incompatible y se debe tener especial cuidado en dar autoridad persuasiva, no obligatoria, a la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos. Una Corte que trate con una cuestión acerca de un derecho de la Convención “debe tener en cuenta” esa jurisprudencia hasta donde sea considerada relevante pero no necesariamente se le ordenará seguirla.²²

No obstante lo anterior, el Decreto de los Derechos Humanos implica un grado sustancial de control judicial. En primer lugar, la orden para que los jueces interpreten la ley de tal manera que ésta sea compatible con los derechos de la Convención está amordazada y confiere una gran discreción. Incluso la única restricción parece ser la conciencia de los jueces y los límites de su buena voluntad para usar el lenguaje.²³ Segundo, el poder que se tiene de hacer una declaración de incompatibilidad es

¹⁸ Decreto de 1998, s. 3.

¹⁹ *Ibidem*, s. 5.

²⁰ *Ibidem*, s. 4. Ver *R. (Anderson) vs. Secretario Local [2003] 1 A.C. 837; A vs. Secretario de estado del departamento local [2005] 2 A.C. 68.*

²¹ *Ibidem*, s. 4(6).

²² *Ibidem*, s. 2; sin embargo, la Corte debería de apegarse a los principios de la Corte Europea de Derechos Humanos asentados como Gran Cámara. *R. (Anderson) vs. Secretario Local [2003] 1 A.C at p. 879, por Lord Bingham.*

²³ In *R. v. A (No2) [2002] 1 A.C.45, 68 [44,45].* Lord Steyn dijo, “de acuerdo con la voluntad del Parlamento como se ve en la sección 3, será a veces necesario adoptar una interpretación que puede parecer forzada”. Por ejemplo, véase *Goode vs. Martin [2002] 1 W.L.R 1828.* Una vez que una decisión haya sido tomada, el dar una interpretación a una cláusula legislativa hará que esa cláusula sea parte del cuerpo del caso con todas las posibilidades de hacerse ley y con los efectos que ello conlleva.

menos efectivo de lo que podría parecer a primera vista. Por supuesto la declaración por sí sola no invalida la legislación, pero está claro que si se emite fuertemente una orden a una acción, por lo que entonces se puede introducir una enmienda al Parlamento. Tercero, que un procedimiento especial se pueda incluir para permitir hacer enmiendas más rápido de lo que fuera posible a través de procedimientos parlamentarios normales.²⁴ Este procedimiento está disponible para un ministro de gobierno quien considere que hay razones de peso para su uso. Si una declaración de compatibilidad ha sido realizada o si en procedimientos dentro de la Corte Europea de los Derechos Humanos entablados en contra del Reino Unido, esa Corte encuentra la legislación del Reino Unido como incompatible con una obligación del mismo ante la convención, el ministro podrá ordenar realizar las enmiendas a la legislación para que la incompatibilidad sea abolida. Es de notar que el proceso permite al ministro enmendar un decreto del Parlamento. Para asegurar una medida de control parlamentario en el proceso, se requiere que antes de que se libere una orden, el anteproyecto de la orden sea expuesto ante el Parlamento y que antes del término de 60 días cada Cámara apruebe el anteproyecto.²⁵

III. TRANSFERENCIA

El Reino Unido incluye dentro de sus fronteras “cuatro países”: Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte. El Parlamento “Westminster” es la legislatura soberana de los cuatro países, los cuales eligen miembros para dicho Parlamento. El gobierno del Reino Unido es conformado por el partido político con mayoría en la Cámara de los Comunes del Parlamento del Reino Unido. Sin embargo, en diferentes etapas los países constituyentes no ingleses han tenido diferentes grados de autonomía²⁶ y para cada uno de ellos fue introducida una nueva legislación del Parlamento del Reino Unido en 1998.

²⁴ Decreto de 1998, s. 10 y Anexo 2. A la fecha el gobierno ha preferido generalmente usar el procedimiento normal legislativo para hacer las enmiendas necesarias.

²⁵ Se puede prescindir de este procedimiento en un caso de mucha urgencia: Anexo 2, para. 2(b).

²⁶ Por mucho, Inglaterra es el más grande de los cuatro países, no tiene Parlamento y es gobernado directamente por el gobierno del Reino Unido.

En el caso de Gales, fue formalmente unido con Inglaterra en 1536 y comparte con Inglaterra un sistema legal común, la relación es más cercana y se le delega a Gales poder esencialmente administrativo.²⁷ Tiene una asamblea elegida pero solamente aquellos que el gobierno del Reino Unido le confiere: no puede promulgar leyes primarias.²⁸

Escocia no estaba unida a Inglaterra hasta el decreto de unión de 1707, mediante ese decreto el Parlamento escocés se fusionó con el Parlamento del Reino Unido y perdió su existencia independiente. Sin embargo, Escocia retuvo y retiene su propio sistema legal.²⁹ Con motivo del decreto de 1998,³⁰ Escocia se encuentra ahora dotada de su propia cámara “parlamentaria” localizada en Edimburgo y su propio ejecutivo con un *First Minister* que es el equivalente a un *Primer Ministro*. El Parlamento tiene poder para promulgar leyes primarias³¹ pero los términos en el decreto limitan su competencia.

Desde 1800 Irlanda ha estado por completo en una Unión Legislativa con Gran Bretaña. Irlanda del Norte se fundó como una entidad separada sólo con la división de Irlanda en 1922.³² Después de la división, Irlanda del Norte formó su propio Parlamento y gobierno. La población de Irlanda del Norte está dividida en protestantes, que en su mayoría son “Unionistas”³³ y católicos romanos, la mayoría “Nacionalistas”; y el más reciente descontento con la última adaptación constitucional ha traído

²⁷ Los cambios a la posición en Gales son inminentes: el decreto de Gales de 2006, véase Trench, “The Government of Wales Act 2006: the next steps in devolution for Wales” [2006] Ley Pública 687.

²⁸ Gobierno de Gales, decreto del 1998.

²⁹ Para todos los sistemas legales dentro del Reino Unido, la Corte de Apelaciones final es el Comité de Apelaciones de The House of Lords. La jurisdicción de este cuerpo será transferida a la nueva Corte Suprema del reino Unido. Reforma Constitucional; decreto de 2005.

³⁰ Escocia; decreto de 1998.

³¹ Una iniciativa de ley escocesa debe tener el consentimiento Real después de ser aprobada en el Parlamento. Lo mismo aplica para las iniciativas de ley de Irlanda del Norte. Para la formalidad del Consentimiento real véase *supra*, n. 4.

³² Los seis Condados del Norte fueron separados de lo que restaba de Irlanda. Esta última se convirtió originalmente en El Estado Libre Irlandés —un gobierno autónomo dentro del Imperio Británico— y en 1949 la República de Irlanda, un Estado independiente.

³³ Los unionistas quieren que Irlanda del Norte continúe formando parte del Reino Unido; los nacionalistas quieren que Irlanda del Norte se una con La República de Irlanda para lograr una Irlanda Unida.

serios y violentos disturbios desde 1968. Después de que un referendo en 1973 rebeló que la mayoría de la gente de Irlanda del Norte quería seguir siendo parte del Reino Unido, se hizo un intento para establecer una nueva “Asamblea” y un presidente basándose en la distribución del poder. Este intento fracasó después de tan solo algunos meses; la nueva asamblea fue disuelta e Irlanda del Norte fue gobernada, por ley, directamente por un ministro británico —el secretario de Estado de Irlanda del Norte, un miembro de gobierno del Reino Unido—. Según el decreto de 1998³⁴ Irlanda del Norte tiene una “asamblea” la cual cuenta con el poder de promulgar leyes primarias dentro de los límites permitidos en el decreto de 1998 y un presidente. Una vez que se ha elegido a la Asamblea, ésta debe elegir de entre sus miembros a un *First Minister* y a un diputado. Cada candidato debe postularse conjuntamente con otro candidato para otro encargo y ambos deben obtener el apoyo de la mayoría de los miembros votantes y así también una mayoría del voto de los “nacionalistas”; y a su vez una mayoría de los votantes “unionistas”.³⁵ Esto se hace para lograr el elemento necesario de cooperación entre nacionalistas y unionistas; se espera que uno de los dos elegidos sea un nacionalista y el otro un unionista. Desafortunadamente, la transferencia del gobierno ha tenido que ser suspendida en diversas ocasiones en años recientes, siendo restaurada el 8 de mayo de 2007 con un ministro primero unionista y un diputado republicano. Las posibilidades de éxito para el nuevo gobierno parecen ser buenas.

En los tres países la legislación del Reino Unido limita al poder legislativo del Parlamento o a la Asamblea, según sea al caso, y se prevén términos para prevenir que la ley que exceda los poderes de la legislatura en cuestión sea anulada. Por ejemplo, en Escocia, al secretario encargado de un proyecto de ley ante el Parlamento se le requiere certificar que, en su opinión, el proyecto de ley se encuentra dentro de la competencia legislativa del Parlamento, además el presidente del Parlamento debe declarar si el proyecto de ley se encuentra dentro de la competencia del Parlamento.³⁶ A pesar de esto y otras precauciones se debe reconocer que habrá cuestionamientos relacionados a la competencia del Parlamento o

³⁴ Irlanda del Norte; Decreto de 1998.

³⁵ *Ibidem*, s. 16.

³⁶ Escocia, Decreto de 1998, s. 31. Véase también ss. 32-35. Cláusulas similares existen en el decreto de 1998 de Irlanda del Norte y en el Gobierno de Gales; decreto de 1998.

de la asamblea para promulgar ciertas leyes; los decretos de 1998 dictan los términos para la resolución judicial de tales planteamientos.

Se encuentra por supuesto el hecho de que el Parlamento de Escocia y las dos asambleas no son legislaturas soberanas, pero que antiguamente la única ley que podía ser amparada en la Corte del Reino Unido era ley delegada o secundaria, la cual es una ley promulgada no por el Parlamento sino por algún otro cuerpo, como una Secretaría de Gobierno actuando con los poderes otorgados por el Parlamento.³⁷ Por otro lado, la legislatura del Parlamento Escocés y la de la asamblea de Irlanda del Norte constituyen una ley primaria aún sujeta a revisión judicial. El decreto pertinente del Parlamento del Reino Unido opera en este contexto casi como si éste fuera una Constitución, a la que esa ley primaria debe apearse; ésta es la razón por la cual esa transferencia de Poder Legislativo en Escocia, Irlanda del Norte y Gales es de importancia en el presente estudio.

En los tres países se hacen cláusulas para funcionarios, tales como el procurador, para iniciar procedimientos relativos a la determinación de una transferencia; si bien ese tema puede ser planteado por una parte, ante los procedimientos de cualquier corte y puede con posterioridad proceder mediante una apelación ante la Alta Corte. El procedimiento para tratar con temas de transferencia es tratado más adelante;³⁸ sin embargo, se estima pertinente mencionar desde ahora que la mayoría de los escasos casos presentados hasta la fecha son relacionados con derechos humanos. Cada uno de los decretos aclara que cualquier ley que sea incompatible con los derechos del Convenio,³⁹ se encuentra violando la competencia del Parlamento o la asamblea.⁴⁰

IV. EL *HUNTING CASE*: ¿UN POSIBLE CAMINO A SEGUIR?

En el Reino Unido, la cacería, que significa la caza de zorros por un grupo de jinetes seguido de una jauría, ha sido un deporte tradicional de provincia por muchos siglos. En tiempos relativamente recientes, este deporte ha sufrido de hostilidad por grupos urbanos que lo consideran co-

³⁷ Véase texto en n. 5.

³⁸ Previo, texto en n.72.

³⁹ Derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁴⁰ Véase *e. g.*, *Anderson vs. Scottish Ministers* [2003] 2 A.C. 602.

mo “matar por diversión” y como una ineficiente e innecesaria manera cruel de controlar la población de zorros. Eventualmente, el gobierno ha presentado una iniciativa de ley en La Cámara de los Comunes, cuyo principal propósito es la de prohibir la cacería de mamíferos salvajes con perros. Muchos se opusieron amargamente a la iniciativa y aunque fue aprobada mayoritariamente, fue rechazada por la Cámara de los Lords; por lo que regresó de nueva cuenta a la de los Comunes y de ahí otra vez a la de los Lords, y así sucesivamente. Eventualmente el portavoz de los *Commons* apeló a un procedimiento especial donde fuera posible, sujeto a ciertas condiciones, de obtener el consentimiento real para presentar una iniciativa de ley que no ha sido aprobada por los Lords. Esto constituyó el principal aspecto de debate en el importante caso de *Jackson vs. Procurador General*,⁴¹ en el cual los entusiastas cazadores buscaban invalidar el decreto de 2004 sobre la cacería.

Antes de 1911 no había manera en la cual la legislación parlamentaria pudiera convertirse en ley si no recibía el consentimiento de ambas Cámaras. Sin embargo, las dificultades para aprobar la propuesta de una ley tan importante a través de los *Lords*, culminó con la negativa de la propuesta financiera de ley de 1909 en última instancia llevada a propuesta por ambas cámaras del decreto parlamentario de 1911. El propósito de este decreto era el de restringir el poder de los Lords para obstruir la voluntad de los *Commons*⁴² y su principal cláusula consistía en la de permitir una iniciativa de ley que había sido aprobada por los *Commons* y rechazada por los Lords para ser presentada directamente a la monarquía para su consentimiento real sin aprobación de los Lords, siempre y cuando ciertas condiciones fueran cumplidas. Estas condiciones consistían en que la iniciativa de ley en cuestión debía aprobarse en los *Commons* en cualquiera de tres sesiones consecutivas; se debía enviar a los Lords por lo menos con un mes anterior a que finalizara el periodo de sesiones y por lo menos dos años tenían que transcurrir entre la segun-

⁴¹ [2006] 1 A.C. 262. Para el procedimiento en la Corte de Apelaciones, véase [2005] Q.B. 579. En general, véase Plaxton, “The Concept of Legislation” (2006) 69 *Modern Law Review*, 240; “Hunting Sovereignty” [2006] *Ley Pública*, 187; Jowell, “Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis” [2006] *Ley Pública*, 562; Mullen, “Reflections on *Jackson vs. Attorney General*; questioning sovereignty, (2007) *Legal Studies*, 1. *Cf.* Cooke (a retired member of the Appellate Committee) “A Constitutional Retreat” (2006) 122 *Law Quarterly Review* 224.

⁴² La *House of Commons* está formada por miembros electos; la de los *Lords*, no.

da lectura de la primera sesión en los *Commons* y la aprobación de éstos a la iniciativa de ley en la tercera sesión. Al recibir el consentimiento Real, la iniciativa se convertiría en un decreto parlamentario.⁴³

En 1949, los *Commons* aprobaron una iniciativa que tenía por objeto reducir los retrasos de los impuestos del decreto de 1911, enmendando a cambiar el número de sesiones necesarias de tres a dos y el del lapso requerido de dos años a uno. Los Lords buscaban prevenir que la iniciativa se convirtiera en ley y así fue presentado directamente al rey en el decreto de 1911. Un decreto enmendando, el decreto parlamentario de 1911, fue entonces aprobado sin el consentimiento de los Lords. El decreto a la cacería de 2004 tuvo fuerte oposición del decreto parlamentario de 1949 y el argumento principal a favor de los demandantes en *Jackson vs. Procurador General* fue que el decreto de 1911 no podía ser, por sí mismo, enmendado por medio de sus propias cláusulas. Si eso era así el decreto de 1949 habría sido inválido y así también el decreto de 2004.

El caso siguió todas las etapas; en primera instancia se apeló ante la Corte de Apelaciones y un final recurso ante el Comité de Apelación de la Cámara de los Lords, donde nueve jueces se reunieron para decidirla.⁴⁴

Debe subrayarse que al inicio el intento por invalidar el decreto parlamentario de 1949 fracasó y que el decreto a la cacería sobrevivió. En la resolución los nueve jueces estuvieron de acuerdo, pero ¿con qué derecho la corte consideró el tema? La respuesta de acuerdo con Lord Bingham⁴⁵ era que el asunto no consistía en indagar el trabajo interno del Parlamento (que sería materia de investigación parlamentaria),⁴⁶ pero sí el de observar el papel parlamentario, lo cual es permitido a las cortes, y que revelaría que la iniciativa no había sido aprobada por las dos cámaras, lo que genera la pregunta de si el decreto resultante era una ley anulada. Esta era una cuestión de ley y las mismas son para las cortes no para el Parlamento, además, en palabras de Lord Bingham “los demandantes han atraído una cuestión de ley que no puede como tal ser resuelta

⁴³ Decreto de 1911, s. 2(1). Los *Lords* eran prevenidos efectivamente de ejercer cualquier control a través de “Money Bills”, mientras que las iniciativas que aparentaran extender la vida del un Parlamento más allá de cinco años sean excluidas de la operación del decreto, lo cual significa que una Iniciativa debe ser aprobada por las dos Cámaras.

⁴⁴ Normalmente el Comité de Apelaciones está conformado por cinco jueces.

⁴⁵ El presente “Senior Law Lord” quien es de hecho el presidente del Comité de Apelaciones.

⁴⁶ Véase texto en n. 3, *supra*.

por el Parlamento. Pero ésta no sería satisfactoria o consistente con el Estado de derecho ley si no podía ser resuelta. Así que me parece necesario que las cortes deberían resolverlo sin cumplir el orden constitucional”.⁴⁷

Lord Bingham no consideraba necesario llegar más allá, sosteniendo que el decreto de 1911 era adecuado para justificar su uso para cambiar sus propias cláusulas, así como había sido llevado a cabo en el decreto de 1949, estaba de acuerdo al afirmar que “el principio fundamental de la Constitución británica es... la supremacía de la corona en el Parlamento”.⁴⁸ Una minoría de sus colegas, por otro lado, dieron rienda suelta a más ideas, incluso ideas que iban más allá de aquéllas concernientes a la validez en el ámbito del decreto parlamentario de 1949.

Lord Steyn observaba que la palabra “Parlamento” involucra dos conceptos: estático y dinámico; el estático sustentaba la declaración que para el Reino Unido el Parlamento consiste en la *Cámara de los Commons*, la *Cámara de los Lords* y la *Monarquía*. El concepto dinámico involucra las partes constituyentes funcionando de manera conjunta como un órgano creador de leyes. La ley y la costumbre del Parlamento regula lo que las tres partes deben hacer para legislar normalmente y todas deben aprobar lo que es propuesto; sin embargo, que el Parlamento actúe de esa manera podría redistribuir el Poder Legislativo y podría, por ejemplo, anular un requerimiento para una mayoría definida para un propósito específico; si se debía hacer caso omiso de un requerimiento como tal, cualquier ley sería nula. Por otro lado, actuando de acuerdo con ese requerimiento, el Parlamento podría sustituirlo en el futuro.⁴⁹

Lord Steyn concluyó con la idea de que la supremacía del Parlamento es el principio general de la Constitución del Reino Unido y aseveró que los propios jueces crearon ese principio. Así que consideraba que no era impensable que otras circunstancias pudieran salir a la luz, por ejemplo: si el Parlamento buscaba abolir el papel ordinario de las cortes lo cual iría al extremo de que el comité de apelación de la Cámara de los Lords o

⁴⁷ [2006] 1 A.C. en p. 27.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 81. Para ejemplificar mejor este razonamiento, véase Owen Dixon (un ex magistrado presidente de la Alta Corte de Australia), “The Law and the Constitution” (1935) *L. Q. R.* 590,601. Este argumento puede presentar problemas. ¿Qué tal si el Parlamento buscara invalidar el decreto de 1911 para hacer que se incluyera una iniciativa que extendiera la vida del Parlamento por más de cinco años? Véase *supra*, n. 43.

una nueva corte suprema”,⁵⁰ tendría que considerar “si este es un fundamento constitucional en el cual hasta un Parlamento soberano actuando a instancias de una complaciente Cámara de los *Commons* pudiera abolir”.⁵¹

Lord Steyn no profundizó más en el tema pero Lord Hope (un miembro escocés del comité), declaró que él empezó “donde mi letrado amigo Lord Steyn terminó”. Bajo su punto de vista, a pesar de que la Constitución está dominada por la soberanía del Parlamento, esa soberanía “no era más, si alguna vez lo fue, absoluta”.⁵² Mucha de la justificación que Lord Hope encontró para ello recayó en dos de las etapas mencionadas en este trabajo. La Unión Europea y el decreto de los derechos humanos en las que se refería al antiguo Decreto de la Unión de 1707.⁵³ El Parlamento del Reino Unido podía remitirse a ciertas cláusulas de ese decreto, tales como la de mantener el sistema legal separado Escocés tan fundamental como para ser incapaz de revocarlos.

Todos esos factores son leyes —el trabajo mismo del Parlamento— pero Lord Hope asumía que para Dicey uno de los principios básicos contenidos en la Constitución es la supremacía de la ley común y que la esencia de ella, como se ha dicho, es que las cortes deben hacer caso omiso y tratar como anuladas las acciones de cualquier órgano gubernamental, legislativo o administrativo, que excedan los límites del poder que de ese órgano derive de la ley. La norma de la ley que las cortes hagan cumplir será el factor controlador en el cual nuestra Constitución se base.⁵⁴

La baronesa Hale, la única jueza que hizo alusión a los temas tratados por Lord Steyn y Hope, fue más cuidadosa, pero aun así aceptó que las cortes podían rechazar cualquier intento de trastornar el Estado de derecho al eliminar de todo escrutinio gubernamental judicial aquellas acciones que afectaran los derechos de los individuos. Por otro lado, agregó que en general, “las restricciones realizadas al Parlamento, a lo que pueden hacer son políticas y diplomáticas en vez de constitucionales”.⁵⁵

La baronesa Hale no estaba sola al reconocer que el tema de la discusión de la soberanía del Parlamento y sus posibles limitantes va de la ma-

⁵⁰ Véase ante, n. 29.

⁵¹ [2006] A.C., en para 102.

⁵² *Ibidem*, en para 104.

⁵³ *Supra*, texto en n.29.

⁵⁴ [2006] A.C. en para. 107. Véase también Owen Dixon, *op. cit.*, n. 49, at p. 596.

⁵⁵ [2006] A.C., en p. 159.

no con la frontera entre la política, o la realidad política, y la ley. Así es que consideraba inevitable en un sistema legal que no tiene una Constitución escrita reconocida formalmente. Varios de los jueces se remitieron al hecho de que antes de la aprobación del decreto de la cacería, el decreto del Parlamento de 1949 había sido usado en tres ocasiones y que la ley resultante había sido aceptada como válida por ambas Cámaras. Además, estos asuntos habían sido llevados a las Cámaras en contra de la existencia del decreto de 1949.⁵⁶ Por supuesto que esto no es una razón jurídica para dar efecto legal al decreto de 1949. Sin embargo, el decreto se describe tal y como aparece en el papel parlamentario: como un decreto del Parlamento y la realidad política es la de aceptación de las partes principales y las Cámaras. “No creo que una corte pueda ignorar esa realidad”.⁵⁷

Se debe reiterar en este momento que solo una minoría de los jueces discutió la posibilidad de que la soberanía del Parlamento no pudiera ser restringida y que incluso sus observaciones en esta materia fueran *obiter dicta*, esto es, que éstos no constituían un elemento en el razonamiento donde llegaron a sus conclusiones acerca de los temas a discusión en el caso; ellos no eran parte del *ratio decidendi* y entonces en la teoría de la doctrina jurisprudencial, no resultaban obligatorias.

Por otro lado, la bibliografía jurídica de los últimos tiempos contiene diferentes proposiciones de límites a la soberanía parlamentaria.⁵⁸ No hay nada nuevo en la idea de que el pensamiento tradicional acerca de la soberanía del Parlamento está siendo superado por sucesos y adelantos en la ley. Sería muy equivocado ver *Jackson vs. Procurador General* como el comienzo de un nuevo método en las cortes, bien constituye un posible camino a seguir si es una paja en el ojo, lo que podría significar que habrá mayores adelantos constitucionales en el futuro.

V. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Dada la novedad de la idea de que en el Reino Unido pueda haber un cuestionamiento a la validación de leyes parlamentarias, no se espera que

⁵⁶ Por ejemplo, Lord Nicholls, *ibidem*, en pp. 67-69.

⁵⁷ Lord Hope, *ibidem*, paras 124-125. Se hace referencia a la “norma de reconocimiento” descrita por Hart, *The Concept of Law* (1961), esp. Capítulo VI.

⁵⁸ Véase ej. MacCormick, *Questioning Sovereignty* (1999); Allan, *Constitutional Justice* (2001) y artículos en revistas legales incluyendo las citadas n. 41 arriba.

deba existir una “Corte Constitucional” o un procedimiento especial para tratar tal cuestión. Los sistemas legales en el Reino Unido son rígidos y no hay cortes especiales para procedimientos en contra de autoridades públicas que estén teóricamente sujetas a las mismas leyes que los demás.⁵⁹ Existen, sin embargo, requerimientos adicionales para tratar con las cuestiones de los actos de las autoridades públicas, los cuales no existen en el campo de la ley “privada”.⁶⁰ Consisten en que la corte debería ser competente para anular una decisión, una orden o una regulación hecha por la autoridad pública si ésta resultara ilegal; para prohibir a una autoridad pública de ejercer una conducta ilegal; y para ordenar a una autoridad pública para llevar acabo lo que se le ordene hacer legalmente. Esta necesidad fue cumplida en el pasado mediante un recurso ante la prerrogativa real. La teoría era que una persona pudiera buscar la ayuda del rey (a través de sus jueces) para obtener la solución que se buscaba. Este procedimiento de prerrogativa ha sido reemplazado por el de un procedimiento moderno conocido como: *application for judicial review*.⁶¹ El procedimiento de control judicial está basado y es muy semejante al procedimiento en casos civiles ordinarios, en los cuales no hay propiamente un litigio de hechos.⁶² Esto es particularmente apropiado cuando existe una demanda de control de “la legalidad de un proceso legislativo”. Sin duda el redactor tenía en mente el “proceso legislativo” en otras aparte de la ley parlamentaria, pero las palabras incluyen claramente cuestionamientos a la ley primaria donde es posible. Tanto los casos *Factortame*⁶³ como *Jackson*⁶⁴ fueron llevados bajo un procedimiento de *judicial review*.

El procedimiento de *judicial review* difiere del procedimiento ordinario en varios aspectos. Primero, antes de presentar la demanda —la que

⁵⁹ Véanse los procedimientos de la Corona; decreto de 1947. La Monarquía no puede ser personalmente demandada pero tal inmunidad no aplica para los departamentos de gobierno ni ministros.

⁶⁰ La distinción entre la ley pública y la privada es mucho menos significativa en la ley ordinaria que en cualquier otro sistema y se define como relativamente enfermo. Véase *Davy vs. Spelthorne B.C.* [1984] A.C. 262, 276E *por* Lord Wilberforce.

⁶¹ Véanse las normas de procedimiento civil (“C.P.R.”), Parte 54.

⁶² C.P.R., Parte 8.

⁶³ *Supra*, texto en n. 12 y siguientes.

⁶⁴ *Supra*, texto en n. 41 y siguientes. Los daños pueden ser demandados bajo *judicial review*, pero ese procedimiento no puede ser usado cuando la denuncia es por daños solamente.

debe ser razonada y sustentada en documentales, como pueden ser cualquier prueba escrita— el demandante debe obtener el permiso de la corte para proceder; este permiso es discrecional y puede ser otorgado solamente si el denunciante tiene “suficiente interés en la materia que atañe esa instancia”.⁶⁵ La instancia para el permiso puede ser llevada a cabo sin audiencia, a menos de que alguien lo requiera; si el defensor desea objetar la instancia, éste debe presentar los documentos pertinentes. Segundo, los periodos permitidos para el comienzo del procedimiento son muy cortos. De acuerdo a la ley, la manera en que debe ser presentada la demanda es con prontitud y en cualquier caso no mayor a tres meses posteriores a que tuvieran lugar los fundamentos de la misma.⁶⁶ Tercero, además del presunto demandado, deberá ser sujeto de procedimiento cualquier persona que se considere como parte interesada.⁶⁷

Existen reglas especiales que se aplican en casos que involucra la normatividad europea basados en el Decreto de los Derechos Humanos mencionado; es necesario aclarar que las cuestiones de interés público pueden ser conocidas en el curso de un litigio ordinario. Por ejemplo, una demanda basada en el *principio Francovich*⁶⁸ constituye una demanda en agravio de la ley inglesa y debe ser llevada como una demanda civil común.⁶⁹ Así, en principio, los demandantes españoles en el caso *Factortame*⁷⁰ pudieron haber sido indemnizados, incluso si hubieran escogido el procedimiento civil común en vez de la *judicial review*.

- a) *La membresía de la Unión Europea*. El punto más importante de procedimiento que surge de la membresía del Reino Unido en la Unión Europea, y el único que merece ser mencionado aquí, es aquél de la referencia preeliminar a la Corte de Justicia Europea

⁶⁵ Suprema Corte; decreto de 1981, s. 31 (3). Este es el criterio de *locus standi* para *judicial review*. Al mismo tiempo que el permiso es otorgado, la corte dará lineamientos para dirigir el caso.

⁶⁶ C.P.R. 54.5. Esta norma especifica que las partes no podrían extender el límite marcado por acuerdo, pero está a discreción del juez hacerlo.

⁶⁷ C.P.R. 54.6 (1) (b).

⁶⁸ Casos relacionados C-6/90 and C-9/90 *Francovich vs. Italy* [1991] ECR I-5357, ECJ; casos relacionados C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA vs. Germany*. El principio, ampliamente comentado, es que el estado que no implemente la directiva europea, puede ser sujeto a daños en agravio de una persona afectada por el desacato.

⁶⁹ *PPL vs. DTI* [2005] 1 All E.R. 369.

⁷⁰ *Supra*, n. 13.

basada en el artículo 177 del Tratado de la EEC. Tratado. Este precepto estipula que cuando una corte nacional atrae un asunto de ley europea, y la solución que se busca no es evidente, la corte puede solicitar la orientación de la Corte Europea. Los procedimientos ante la corte nacional serán suspendidos hasta que se reciba una respuesta. Al no encontrar recursos posibles que atañen a la corte nacional, está obligada a remitir el asunto a la Corte Europea. El procedimiento en el artículo 177 fue usado, por ejemplo, por la Cámara de los Lores en el caso *Factortame*.⁷¹

- b) *El Decreto de los Derechos Humanos*. Cuando una corte considere hacer una declaración de incompatibilidad, se debe notificar al gobierno; el ministro o su representante están autorizados para formar parte de los procedimientos. No es pertinente que al gobierno se le dé la oportunidad de argumentar a favor de la ley en cuestión, pero también es deseable que la cláusula indique la seriedad con la cual la declaración de incompatibilidad sea tenida en cuenta.
- c) *Asuntos de transferencia*. Como se vio arriba, un recurso de transferencia puede ser presentado siempre y cuando sea relevante en cualquier caso. Éste también puede ser presentado en cualquier jurisdicción del Reino Unido; no hay razón por la cual algún cuestionamiento al Decreto del Parlamento escocés no deba ser presentado en una Corte inglesa. Las reglas detalladas de procedimiento son promulgadas en cada uno de los decretos.⁷² A pesar de que cada conjunto de normas difiere de las otras tanto como sea necesario para la jurisdicción involucrada, los principios generales son casi los mismos. Así que, primero, cualquier corte ante la cual se presente un recurso de transferencia deberá notificar al procurador general “o su equivalente” y tal funcionario podrá comparecer a los procedimientos como parte hasta donde le atañe al recurso de transferencia. Segundo, una corte en un nivel más bajo, tal como la Corte de Magistrados en Inglaterra, que atraiga un caso civil presentando un recurso de transferencia, pueda remitir el caso a la Corte Suprema y que, cualquier

⁷¹ *Supra*, n.13.

⁷² Decreto escocés de 1998, Acto 6; Irlanda del Norte, Decreto de 1998, Acto 10; Gobierno de Gales, Decreto de 1998, Acto 8.

otra Corte inglesa lo pueda remitir a la Corte de Apelación. Esa Corte o su equivalente, puede remitir el caso a una corte de mayor jerarquía siempre y cuando el caso no haya sido presentado ante ésta como un referente de una corte menor. Si esa cláusula procede, se puede apelar la decisión de la Corte de Apelaciones, apelando la ley, como originalmente se promulgó, la apelación llega al *Judicial Committee of the Privy Council* —una Corte especializada de gran importancia durante la vida del Imperio Británico, la cual ahora tiene una jurisdicción muy limitada—. La última apelación puede ser transferida a la Corte Suprema del Reino Unido.

SUPREMACÍA, RIGIDEZ Y GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Luis PRIETO SANCHÍS*

Aun cuando en nuestra cultura jurídica y política estamos acostumbrados a hablar de la “democracia constitucional” o del “constitucionalismo democrático” como si se tratase de un binomio inescindible, lo cierto es que entre Constitución y democracia se advierte una tensión difícil de superar. Al fin y al cabo, la esencia de la democracia —si se permite esta expresión un tanto metafísica—¹ parece consistir en que las decisiones políticas han de ser adoptadas según el principio mayoritario, es decir, al menos por la mitad más uno de los coasociados;² y la esencia del constitucionalismo parece ser que algunas decisiones queden protegidas o atrincheradas frente a esa mitad más uno. En una imagen bastante expresiva, las relaciones entre ley y Constitución pueden compararse con el flujo y reflujo de las mareas, de manera tal que el avance de la ley implica el retroceso de la Constitución, y el mayor protagonismo de esta última supone la bajamar de la ley.³ Desde luego, la tensión comentada nos acompaña desde los albores del régimen liberal y de ella fueron muy conscientes numerosos teóricos del constitucionalismo revolucionario

* Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ Aunque diese título a la obra de un crítico de la metafísica iusnaturalista como Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, nota preliminar de I. de Otto, Madrid, Guadarrama, 1977.

² Reducir la democracia al principio mayoritario me parece una simplificación en la que ahora no me detendré y que asumo sólo a efectos dialécticos. Cuando menos habría que reconocer con el propio Kelsen que “por su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría y, por consiguiente, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir”, p. 81 de obra citada en la nota anterior.

³ La imagen corresponde a Laporta, F., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, 24, 2001, p. 460.

tanto francés como norteamericano, y lo han seguido siendo tradicionalmente en Estados Unidos, tal vez porque allí prosperó desde época temprana un modelo de Constitución rígida y judicialmente garantizada. Sin embargo, todo parece indicar que la preocupación se ha trasladado a Europa a partir del constitucionalismo de la posguerra, seguramente también porque sólo a partir de entonces cabe hablar en el continente de un constitucionalismo fuerte.

Sin detenerme en un análisis de detalle, me atrevo a enunciar cuatro rasgos característicos de ese constitucionalismo fuerte que hasta cierto punto constituyen una novedad entre nosotros y que en conjunto parecen representar un desafío al postulado básico de la democracia:

Primero, la aparente obviedad de que la Constitución debe ser considerada una norma jurídica —y no un catecismo moral o político, por ejemplo— que vincula a sus destinatarios y que pretende ser aplicada, cuando proceda, para disciplinar aquellas parcelas de la realidad que son objeto de su regulación.

Segundo, que la Constitución, además de norma formal o procedimental según la tradición kelseniana, incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices, etcétera; esto es, que la Constitución no sólo establece *quién* manda y *cómo* se manda, sino que pretende condicionar también en una amplia medida *qué puede* o *debe* mandarse.

Tercero, que la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria;⁴ a pesar de que el modelo de jurisdicción concentrada sigue llamándose justamente “modelo europeo de justicia constitucional”, no debemos engañarnos: en Europa la aplicación de la Constitución no está monopolizada o secuestrada por ninguna jurisdicción especial, sino que corresponde a todos los operadores jurídicos, empezando, claro está, por los jueces ordinarios; un sistema que provoca por otra parte algu-

⁴ Así define L. Ferrajoli las instituciones de garantía, razón por la cual —añade— es evidente que son antimayoritarias, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, cap. 1.7 y 12.8. Cito por el texto mecanografiado que he consultado por gentileza del autor.

nas tensiones o conflictos (a mi juicio irremediables) en los que no procede ahora detenerse.

Cuarto, resulta que el constitucionalismo de posguerra se muestra bastante rígido, incluso intolerablemente rígido en opinión de algunos. El panorama de conjunto es que la Constitución habla de demasiadas cosas, lo hace en ocasiones con poca imprecisión, se dirige a todos y no sólo a las instituciones y, por si fuera poco, cercena de manera importante la libertad política de las mayorías.

Por mi parte, creo que existen buenas razones a favor de un constitucionalismo moderadamente rígido y, sobre todo, seriamente garantizado.⁵ Sin embargo, y tratando de buscar algún punto, si no de equilibrio, sí de mayor satisfacción o de menor sacrificio tanto de la Constitución como de democracia,⁶ quisiera ocuparme ahora de tres aspectos sin duda relacionados entre sí, aunque no necesariamente implicados en todo caso. Se trata de las nociones de supremacía, reforma y garantía. Muy provisionalmente diré que por supremacía entiendo aquí la cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o acatamiento por parte de otras normas, lo que incluye una vocación de imponerse a las mismas en caso de conflicto, y esto no porque resulte posterior (criterio cronológico) o más adecuada para regular el caso (criterio de especialidad) sino en razón de la mayor fuerza que se la reconoce.⁷ La reforma, por su parte, denominaría al conjunto de las condiciones exigidas para

⁵ Me permito remitir al capítulo III de mi *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 137 y ss.

⁶ Entendidas ambas, insisto, en el sentido indicado en el primer párrafo de este trabajo, que es tal vez el más habitual e intuitivo, aunque no el único ni necesariamente el más correcto.

⁷ Con las salvedades indicadas creo que se superan algunas de las objeciones formuladas por Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, en Laporta, F. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 95. Es verdad que la aplicabilidad en caso de conflicto es un criterio que gobierna no sólo las relaciones de jerarquía, sino también las de especialidad o las cronológicas de sucesión temporal. Pero no me parece secundaria la siguiente diferencia: la ley general o la anterior, que ceden ante la especial y la posterior, no ponen en riesgo su validez; lo que no ocurre con la norma inferior que entra en conflicto con la superior. R. Guastini, por ejemplo, define la norma suprema como “aquella norma a la que ninguna otra norma puede válidamente contradecir”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 381. Tal vez por eso también L. Ferrajoli prefiere llamar antinomías en sentido estricto sólo a las que se producen entre norma inferior y superior, *Principia iuris...*, cit., nota 4, cap. 12.13

modificar o derogar un precepto constitucional, es decir, que la institución de la reforma estaría compuesta por las normas sobre la producción jurídica que regulan la emisión de otras normas aptas para alterar una Constitución ya vigente. Y finalmente hablo de garantía para referirme a los procedimientos eventualmente previstos por una Constitución para la tutela judicial de sus normas ya sea frente a otras normas, ya sea incluso frente a conductas que las vulneren o desconozcan.

La supremacía constitucional tiene el mismo fundamento que la Constitución misma, un principio de eficacia externo al propio sistema que a su vez remite a las prácticas de reconocimiento institucional y de los propios ciudadanos; como se ha dicho de manera rotunda, “la determinación de las normas supremas de un determinado sistema jurídico es un problema irresoluble intrasistemáticamente”.⁸ Quiero decir que, de entrada, si la Constitución existe como norma (flexible o rígida, garantizada o no) no es porque ella misma lo proclame, o porque lo proclame otra norma cuya validez descansa en la propia Constitución, sino porque de hecho goza de un cierto nivel de eficacia. A pesar de haber intentado expulsar a la eficacia por la puerta de la norma hipotética fundamental, Kelsen lo reconoce en varias ocasiones: “la eficacia se encuentra, como condición de la validez, estatuida en la norma fundante básica”.⁹

Esta realidad suele expresarse apelando a la regla de reconocimiento formulada por Hart, una regla que “sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”.¹⁰ Es decir que, en último término, es el comportamiento de las instituciones y de los propios ciudadanos y, por tanto, una práctica consuetudinaria lo que sostiene la entera normatividad del sistema. El derecho “es esencialmente un lenguaje: un mundo de signos y significados... es decir, de actos y documentos lingüísticos que funcionan como derecho en tanto en cuanto su función normativa es socialmente compartida y reconocida como vinculante”.¹¹ Algún autor ha

⁸ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “La regla de reconocimiento”, *Constitución: problemas filosóficos*, cit., nota 7, p. 114.

⁹ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 127. Véase también p. 224.

¹⁰ Hart, H., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 137.

¹¹ Ferrajoli, L., *Principia iuris...*, cit., nota 4, cap. 12.1.

recurrido expresamente a esta regla de reconocimiento para fundar el principio de jerarquía normativa.¹²

Ahora bien, conviene recordar que la regla de reconocimiento presenta un contenido redundante respecto del derecho positivo que sostiene o fundamenta, de manera que a la postre los criterios de superioridad o jerarquía que proporcione han de ser los que efectivamente se observen en el sistema. Por ejemplo, la práctica social puede consistir en atribuir a la ley el “poder absoluto y perpetuo”, en cuyo caso difícilmente diríamos que existe una norma superior para el legislador; o puede consistir en reconocer como nulas o inaplicables las normas que vulneren lo prescrito en otra u otras normas; o, en fin, puede consistir en establecer trámites especiales para la reforma de determinados preceptos. Pero con ello el concepto de supremacía se convierte en un concepto jurídico positivo, y la regla de reconocimiento en una noción superflua: la existencia de relaciones jerárquicas dependerá de lo que establezca cada sistema particular y tendrá el alcance que el mismo prevea. La cuestión teórica parece consistir entonces en dilucidar un criterio que proporcione sentido y utilidad a la noción de supremacía.

Tras examinar los diferentes criterios que suelen auspiciar los juristas, Ruiz Miguel propone un significado mínimo: “un determinado tipo de norma es superior... cuando es considerado... como formalmente superior... teniendo como única consecuencia necesaria el deber” de acatamiento, pero sin ninguna condición ulterior como pueda ser la existencia de un mecanismo de fiscalización, especiales procedimientos de reforma, etcétera. Un deber desnudo que “en el peor de los casos, no carece de valor simbólico”¹³. A eso se reduciría la supremacía constitucional, a poder mantener que la Constitución es la norma suprema del sistema, aunque la ley ordinaria pueda desconocerla sin mayores consecuencias, aunque ningún procedimiento o jurisdicción pueda tutelarla; una suerte de deber moral carente de toda garantía.

Dado que la regla de reconocimiento puede tener cualquier contenido, tampoco hay que descartar la posibilidad de este significado mínimo. Con todo, resultaría un poco sorprendente que la práctica social consis-

¹² Me refiero a A. Ruiz Miguel: “tal asunción (de la superioridad de la Constitución) sólo puede consistir en que la Constitución y el sistema que ella fundamenta son regularmente eficaces en conjunto”, “El principio de jerarquía normativa”, *cit.*, nota 7, p. 106.

¹³ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

tiera en que la norma *A* debe acatamiento a la norma *B*, pero que ello no es obstáculo para que la primera derogue a la segunda,¹⁴ y de hecho me parece que en este caso los juristas difícilmente estarían dispuestos a ver entre ambas normas una relación de jerarquía. Pero es que, además, un significado así no parece que pueda escapar de la tautología: una norma superior es una norma superior y eso significa *sólo* que debe ser acatada por la inferior, esto es, significa sólo que una norma superior es una norma superior.

Para huir de la tautología Guastini propone seguir un camino inverso: “no es que la invalidez de una fuente se infiera de su inferioridad jerárquica, previamente constatada, sino al contrario la inferioridad jerárquica de una fuente se infiere del hecho de que está destinada a sucumbir cuando entra en conflicto con otra fuente”. En concreto, hay dos tipos de normas que anuncian la existencia de una relación de jerarquía: *a*) aquellas que disponen que una cierta fuente (la legislación, por ejemplo) no puede formular regulaciones que lesionen los preceptos derivados de otra fuente (la Constitución), y *b*) aquellas que confieren a una autoridad judicial el poder de desaplicar o anular las normas de las fuentes inferiores que resulten contradictorias con las superiores. Pero insisto, para el autor italiano en realidad no es que las normas superiores prevalezcan sobre las inferiores, sino que, al contrario, cuando una norma prevalece decimos de ella que resulta superior.¹⁵ La diferencia de enfoque merece subrayarse: la estrategia no consiste en identificar previamente a la norma superior para postular luego que debe imponerse en caso de conflicto, sino que calificamos como superior aquella norma a la que no se puede contradecir válidamente.¹⁶

Desde esta perspectiva, resulta que la predicada supremacía constitucional, más que concebirse como un presupuesto, tiende a presentarse como una consecuencia del modo de articular la reforma y la garantía. Dicho de otro modo, cuando una norma prevalece sobre otra, no pudiendo ser reformada por ella y/o cuenta con protección jurisdiccional, es se-

¹⁴ Es más, cabría preguntarse qué tipo de actos permitirían vislumbrar una práctica social de reconocimiento como la comentada, pues más bien parece que todos los actos institucionales se encaminarían en sentido contrario, es decir, en el sentido de que la norma *A* no debe ningún acatamiento a la *B*.

¹⁵ Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 124 y 125.

¹⁶ De otra opinión es Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, *cit.*, nota 7, pp. 95 y 96.

ñal de que se halla en una relación de superioridad jerárquica. Las instituciones de reforma han de asegurar que la ley no pueda establecer disposiciones contrarias a la Constitución; las de garantía han de asegurar que, si ello sucede, el propio sistema sea capaz de depurar las infracciones. Por eso, es muy corriente decir que una Constitución sólo es norma suprema si se muestra rígida frente a su reforma y garantizada frente a su infracción. Intentaré examinar sucesivamente ambas cuestiones.

Ciertamente, la rigidez constitucional, es decir, las especiales dificultades que se establecen para que los poderes constituidos y, en particular, la mayoría parlamentaria puedan acometer la reforma del texto, es un factor de fortalecimiento de la Constitución; es más, no resulta infrecuente considerar a la rigidez, no como una garantía, sino como un rasgo estructural de la Constitución: “las Constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una Constitución no rígida no es en realidad una Constitución sino una ley ordinaria”.¹⁷ Sin embargo, a mi juicio, una Constitución flexible sigue siendo —o puede seguir siendo— una norma suprema que debe ser respetada.¹⁸ Una cosa es violar la Constitución y otra reformarla.¹⁹ En cierto modo, la diferencia se aprecia ya en los autores de *El Federalista*, cuyos comentarios a propósito del artículo V de la Constitución, relativo a la reforma, plantean siempre el problema de si es más o menos conveniente facilitar la futura enmienda del texto, pero sin poner nunca en cuestión el tema de la supremacía: el pueblo conserva en todo momento su derecho a cambiar la Constitución, pero de aquí no cabe deducir “que los representantes del pueblo estarían autorizados por esta circunstancia para violar las previsiones de la Constitución vigente”.²⁰ Así que resulta factible que la mitad más uno de los legisladores conser-

¹⁷ Ferrajoli, L., *Principia iuris*, cit., nota 4, cap. 13.17. También para J. Aguiló la superior jerarquía de la Constitución es el resultado de la conjunción de dos condiciones: 1) la codificación de las normas fundamentales; y 2) “el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado...”, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, *Doxa*, 24, 2001, p. 441.

¹⁸ Como advertía I. de Otto, “una Constitución flexible... es también una norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa”, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 62.

¹⁹ Véase Guastini, R., “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, M. (ed.), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 51 y 52.

²⁰ Hamilton, A., *El Federalista*, trad. de G. R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. 78, p. 334.

ven el derecho a cambiar la Constitución sin por ello dejar de estar sometidos a la misma; basta con establecer como única regla de reforma la de que ésta se realice de manera expresa. Queda así roto el binomio supremacía-rigidez: la ley posterior no deroga a la Constitución anterior, salvo que expresamente se proponga su modificación.

Esta posición ha merecido la censura de J. C. Bayón, quien me reprocha una doble confusión: no tener claro qué es una Constitución flexible, y tener menos claro aún el concepto de supremacía. Antes de replicar quisiera, sin embargo, comentar una primera confusión, pero esta vez de mi amable crítico: desde luego, no pongo en duda su buena fe, pero desfigura por completo mi argumento al atribuirme la opinión de que una norma constitucional (o superior) sigue siéndolo aunque pueda ser modificada *exactamente* por el mismo procedimiento que cualquier otra ley, es decir, “*sin* la exigencia de que la reforma se haga de manera expresa”.²¹ No le parece a Bayón que esta interpretación sea abusiva. Baste decir que es equivocada;²² parece obvio que si el criterio cronológico opera sin restricción alguna resulta imposible hablar de supremacía; para que la ley posterior no derogue tácitamente a la anterior es precisa alguna condición suplementaria; cuando menos, que se excluya justamente la derogación tácita estableciendo que la derogación o modificación haya de ser expresa.

La primera observación de Bayón —por lo demás ociosa si es que en verdad yo hubiera sostenido la opinión que me atribuye— es que en todo caso la modesta exigencia de reforma expresa convierte a la Constitución en un documento rígido, de manera que la afirmación de que “una Constitución flexible puede ser una norma suprema” resultaría insostenible: el carácter expreso de la reforma sería entonces condición de la supremacía

²¹ Bayón, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 133.

²² El texto objeto de crítica contenía las siguientes afirmaciones: “la diferencia reside en el carácter expreso y solemne del acto de reforma” (p. 151); “la ley tiene un carácter inagotable... donde unas normas se superponen a otras, derogándolas de modo tácito... la Constitución (flexible) pone fin a esta práctica... (al) impedir las derogaciones tácitas” (pp. 152 y 153); “tan sólo me parece indispensable exigir que la decisión se tome de forma expresa y solemne” (p. 154); “que esa reforma se realice de manera consciente y formal” (p.173). Todas las referencias corresponden al ya citado *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, nota 5. No sé si podría haberlo dicho de manera más clara, pero no más reiterativa.

pero, al propio tiempo, representaría también una prueba de rigidez. Tiene razón Bayón al decir que esta discrepancia puede considerarse meramente verbal: aclarada la cuestión, esto es, que la reforma ha de ser expresa, poco importa adscribir esta condición al mundo de las Constituciones flexibles o al de las rígidas. No obstante, el asunto merece un breve comentario.

La dicotomía rigidez-flexibilidad puede entenderse a la manera de todo o nada, o bien como expresión de una escala gradual. En el primer caso, Constitución rígida es toda aquella que establece para su reforma al menos una condición distinta de las condiciones ordinarias previstas para la producción de las leyes: desde la absoluta intangibilidad a la simple exigencia de un breve plazo de reflexión y ulterior decisión, pasando por las múltiples exigencias que pueden arbitrar los derechos positivos, incluida desde luego la reforma expresa; mientras que sería flexible aquel documento que sencillamente pudiera ser reformado del mismo modo que la ley. Aunque también cabría la óptica contraria: llamar flexibles a todas las Constituciones que de algún modo contemplen la posibilidad de su reforma, y reservar el calificativo de rígidas para aquellas otras que sencillamente impiden toda reforma, es decir, que resultan intangibles. La concepción gradual, en cambio, sugiere que rigidez y flexibilidad vienen a expresar una continuidad, como gordo y flaco, alto y bajo, etcétera; así que entre el modelo de Constitución absolutamente rígida (intangible) y el de Constitución absolutamente flexible (carente de toda defensa frente a la reforma o derogación) se situarían las distintas experiencias constitucionales.

Tengo la impresión de que en el lenguaje de los juristas generalmente se reconoce el carácter gradual de la rigidez, pero no el de la flexibilidad.²³ Dicho de otro modo, se denominan flexibles sólo aquellas Constituciones que pueden alterarse exactamente por el mismo órgano y mediante idéntico procedimiento que el habilitado para la ley ordinaria, mientras que serían rígidas todas las demás, aunque eso sí, más o menos

²³ Esta fue ya la posición de Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, estudio preliminar de P. Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 12 y 13. Precisamente dice J. Aguiló que “suele considerarse” que la terminología de Bryce no es la más adecuada porque mientras “en el lenguaje natural los términos flexible/rígido hacen referencia a una propiedad continua o graduable, él los usa en un sentido no graduable”, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, 26, 2003, p. 301.

rígidas.²⁴ Sin embargo, este punto de vista no me parece el más correcto porque termina agrupando bajo un mismo concepto (rigidez) a documentos absolutamente dispares: una Constitución *poco* rígida se parece mucho más a una Constitución flexible que a una Constitución intangible y ello creo que tanto desde una óptica jurídica como política.²⁵ Criticar global e indiscriminadamente al constitucionalismo usando un concepto tan amplio de rigidez puede resultar así más fácil, pero al precio de no tomar en consideración aspectos relevantes.

Por eso, y reiterando que estamos ante una cuestión clasificatoria, creo preferible extender la idea de gradualidad tanto al concepto de rigidez como de flexibilidad, de modo que, al igual que se reconoce que unas Constituciones son más rígidas que otras, se reconozca también que el grado de flexibilidad resulta variable. Es verdad que, aun relativizada la distinción, la pregunta surge al instante: ¿dónde situar la frontera convencional entre flexibilidad y rigidez? Creo que hay buenas razones para adoptar el siguiente criterio general: una Constitución es rígida cuando ha de ser reformada por un sujeto distinto (referéndum, asamblea convocada al efecto, intervención de varios sujetos colegisladores) o mediante una mayoría cualificada; y es flexible cuando la misma mayoría que aprueba las leyes puede aprobar también la reforma, aun cuando se deba de seguir un procedimiento diferente; por ejemplo, que la modificación haya de ser expresa. El artificio que es el derecho admite cualquier combinación. Y creo que merece la pena mantener este enfoque porque, como dije antes, la característica fundamental de la democracia parece consistir en que (todas) las decisiones políticas se adopten por la mitad más uno de los consociados; más exactamente, en una democracia representativa, por la mitad más uno de los miembros del Parlamento. Mientras que es propio de las Constituciones (rígidas) sustraer a esa mayoría determinadas decisiones. Por eso, dado el sentido político de la distinción, me parece más comprensible decir que una Constitución cuya reforma puede

²⁴ Véase a título de mero ejemplo García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, 5a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1959, cap. V, 5, p. 129; Pérez Serrano, N., *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976, p. 471; Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 50.

²⁵ R. Guastini, parece ser de una opinión coincidente cuando dice que “una Constitución puede ser más o menos rígida, más o menos flexible”, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, *Estudios de teoría constitucional*, cit., nota 19, p. 189.

ser emprendida por el legislador ordinario es una Constitución flexible, aun cuando se requiera su carácter expreso.²⁶

La segunda crítica de Bayón viene a denunciar mi confusión entre los conceptos de jerarquía lógica o kelseniana y de jerarquía jurídica o positiva. La verdad es que en el texto criticado no existe referencia alguna a este aspecto, pero al parecer dicha confusión tendría su origen en un pasaje de Guastini, del que yo simplemente citaba la referencia, sin reproducir ni comentar.²⁷ Si interpreto bien al profesor italiano, las normas (constitucionales, pero también legales) que regulan las condiciones de validez de otras normas pueden ser derogadas y, en un régimen de Constitución flexible, pueden ser derogadas por leyes ordinarias; pero, mientras se mantengan vigentes, resultan violadas por aquellos actos normativos que se separan de sus prescripciones: los actos normativos, que son conductas y no normas, violan y no derogan a las normas que regulan su producción. La consecuencia es que, incluso en un modelo de absoluta flexibilidad, “es inválida la ley que haya sido creada de manera disconforme con las previsiones constitucionales”.²⁸

Ciertamente, jerarquía formal y jurídica son cosas distintas, si bien no es del todo ocioso recordar que las normas que regulan las condiciones de validez de otras normas tienden a postularse como jerárquicamente superiores (en sentido jurídico) a las normas cuya producción regulan o, al menos, tienden a postularse como parámetros para enjuiciar la validez de esas otras normas. Este es, por ejemplo, el sentido del famoso “bloque de constitucionalidad” sobre el que han corrido ríos de

²⁶ La opinión no es tan insólita. Expresamente la comparte V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000, p. 30, nota 2; y también parece compartirla Aguiló, J., “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *cit.*, nota 23, p. 302, nota 21.

²⁷ Es el siguiente: “la derogación o la abrogación de una norma y la violación de una norma (no previamente derogada) son cosas totalmente distintas. Ciertamente, la Constitución, si es flexible, puede ser derogada por la ley, pero lo que sostengo es que el legislador no puede simplemente violarla mientras esté vigente; si no desea observar la constitución, debe primero cambiarla”, “La Constitución como límite a la legislación”, *cit.*, nota 19, p. 52.

²⁸ Guastini, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, *cit.*, nota 15, p. 123. Una norma “es válida cuando ha sido producida conforme a las normas (estructuralmente superiores) que regulan su creación y cuando no es incompatible con las normas (materialmente superiores) que condicionan su contenido”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, *cit.*, nota 7, p. 382.

tinta doctrinal y jurisprudencial. No procede detenerse en la cuestión, pero, como observa M. Gascón, esa idea del bloque de constitucionalidad revela que no todas las leyes comparten el mismo régimen de validez,

...puesto que algunas... para ser válidas, además de ser conformes con las normas constitucionales, han de respetar también lo prescrito por las “normas interpuestas”, que formalmente son leyes. Lo que pone de manifiesto que las “normas interpuestas”... son “normas sobre la producción jurídica” que condicionan la validez de otras leyes.²⁹

En cualquier caso, aclarado el asunto de la flexibilidad, no sé si la segunda observación crítica de Bayón mantiene algún sentido. Las normas constitucionales que establecen las condiciones de la reforma son normas sobre la producción jurídica y, por tanto, se encuentran en una relación de jerarquía lógica (estructural, kelseniana) respecto a las leyes que ejecutan la reforma. En un modelo de absoluta flexibilidad tales condiciones no pueden ser otras que las propias de la ley, cuya violación como sabemos, en opinión de Guastini, acarrea la invalidez. Pero esas mismas normas, desde el momento en que introducen alguna peculiaridad en el procedimiento, representan al propio tiempo la expresión de una jerarquía jurídica: si una ley ordinaria contrastante con la Constitución decimos que resulta inválida es justamente porque en su producción no se han observado las condiciones especiales requeridas para modificar o derogar el correspondiente precepto constitucional. Como hemos visto, cabe concebir una jerarquía lógica sin jerarquía jurídica; por ejemplo, una ley que distribuya competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o, en general, una ley del bloque de constitucionalidad. Pero me parece que no puede decirse lo mismo a la inversa: si en caso de conflicto la Constitución anterior prevalece sobre la ley posterior es señal de que existen condiciones particulares que la ley ordinaria no reúne; y de ahí que una cosa sea reformar la Constitución y otra violarla. Por ello, cabe decir que la exigencia de reforma expresa representa una condición formal relativa al modo de producción de las normas, pero que constituye también un rasgo de la supremacía jurídica de la Constitución por cuanto viene a excluir el juego del mero criterio cronológico.

²⁹ Gascón, M., “El sistema de fuentes del derecho español: constitución y principio de legalidad”, en Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 295.

Todo esto puede parecer un ejercicio simplemente especulativo, pero pienso que no es así, que es jurídica y políticamente importante: lo primero porque mientras no medie una ley de reforma la Constitución será norma segura y vinculante para todos, incluido el legislador. El problema del puro criterio cronológico (la ley posterior deroga a la Constitución anterior) no es sólo el de una pérdida de fuerza normativa, sino el hecho de que al cabo de poco tiempo resultaría imposible conocer cuál es la Constitución vigente, pues es bien sabido que las modificaciones o derogaciones tácitas se prestan siempre a múltiples interpretaciones. Por ello, cabe añadir que sería una sanísima práctica de racionalidad normativa reducir al mínimo las derogaciones tácitas, incluso entre las leyes. Y lo segundo porque el trámite de reforma implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que obviamente no tiene la violación más o menos inadvertida; si el Parlamento puede sencillamente desconocer la Constitución, ni siquiera estará llamado a justificar las decisiones que se aparten de la misma, y me parece que ese esfuerzo de justificación es lo menos que se puede pedir a una democracia que tanto presume de deliberativa. Resulta curioso, pero tengo la impresión de que muchas veces la supremacía que el Parlamento recaba para sí mismo en nombre del principio democrático no se traduce en una pretensión de reforma constitucional —lo que sería lógico— sino más bien en una pretensión de (suprema) interpretación constitucional, precisamente en polémica con la interpretación que hacen los jueces

Rigidez y supremacía son, pues, cuestiones diferentes y por eso deben separarse cuidadosamente las críticas a la rigidez constitucional de las críticas a la superioridad;³⁰ como he intentado mostrar, una Constitución puede ser tan flexible como para permitir su reforma mediante la regla fundamental de la democracia y no por ello dejar de existir como norma

³⁰ Y, por consiguiente, deben distinguirse también las objeciones a la rigidez de las que puedan formularse a la justicia constitucional, cosa que con frecuencia no se hace cuando se critican ambas cosas indiscriminadamente; mejor dicho, se viene a rechazar la existencia de una justicia constitucional justamente *porque* la Constitución es rígida. Por eso dice con razón V. Ferreres que en un marco de Constitución flexible, donde la reforma requiera tan sólo lo indicado en el texto, es decir, carácter formal y expreso, “la objeción democrática en contra de la institución del control judicial de las leyes prácticamente se evapora”. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 44.; esto es, una Constitución flexible resulta perfectamente democrática, y así lo ve también Laporta, F., “El ámbito de la Constitución”, *cit.*, nota 3, p. 469.

suprema. Sin embargo, recordemos que hay un segundo síntoma de las relaciones de jerarquía, que es la existencia de procedimientos que permitan desaplicar o anular las normas inferiores que resulten contradictorias con la superior. De ahí que sea corriente decir que “la invalidez de las leyes que estén en contraste con la Constitución postula la existencia de alguna forma de control sobre la conformidad de las leyes a la Constitución. *En ausencia* de un control como ese, la rigidez está, por así decirlo, *proclamada, pero no garantizada*”.³¹

Esta idea, que la existencia de alguna fórmula de justicia constitucional se halla conectada a la supremacía constitucional ha sido también objeto de crítica por parte de Bayón, que me reprocha —aunque parece que esta vez estoy en compañía de la mayor parte de la cultura jurídica— la presunta tesis de que “el control de constitucionalidad es el *presupuesto* de la supremacía de la Constitución y que la relación entre ambos sería de carácter *conceptual*”.³² Mi interlocutor, tras reconocer que aquí se enfrentan dos esquemas conceptuales diferentes, considera preferible “decir que una Constitución es suprema si, como parte de la práctica de reconocimiento existente, se acepta efectivamente que los preceptos de la Constitución son obligatorios para el legislador y que las leyes que la contradigan son inválidas, aunque el ordenamiento niegue a los jueces cualquier posibilidad de control y les obligue a aplicarlas”.³³

Ciertamente, y al margen de preferencias, ya he dicho que no existe ninguna “necesidad lógica” de una justicia constitucional y existen experiencias que así lo indican: el control puede ser político e incluso el sistema puede carecer de cualquier forma de fiscalización sobre la normativa

³¹ Guastini, R., “Rigidez constitucional...”, *Estudios de teoría constitucional, cit.*, nota 19, pp. 193 y 194 (la cursiva es del autor). Yo mismo he escrito que la justicia constitucional es el corolario de la supremacía constitucional, *Justicia constitucional y derechos fundamentales, cit.*, nota 5, p. 153.

³² Bayón, J. C., “Democracia y derechos...”, *cit.*, nota 21, p. 137. Y ello a pesar de reproducir a renglón seguido mi afirmación de que “la justificación de un control de constitucionalidad no debe apelar a la lógica, sino a consideraciones prácticas”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales, cit.*, nota 5, p. 156.

³³ Véase J. C. Bayón en las obras citadas en la nota anterior. El autor no profundiza aquí en esta idea, pero, si he entendido bien, significa que el esquema conceptual preferible consiste en concebir a la Constitución como una norma obligatoria cuya infracción genera la invalidez de las leyes; aunque, eso sí, sin que ni la obligación ni la invalidez puedan ser hechas valer ante jurisdicción alguna. Como se ve, algo bastante cercano al significado mínimo de superioridad que antes comentamos.

inferior, de manera que si, por ejemplo, la Constitución estableciese que la ley deberá hacerse de cierta manera o que no podrá tener determinado contenido, las leyes que vulnerasen tales condiciones serían, sin embargo, válidas, obligatorias y aplicables en la medida en que no se hubiese arbitrado ninguna institución o mecanismo para sanar el vicio; o incluso si, habiéndose arbitrado formalmente, fuera costumbre hacer caso omiso de sus exigencias. Los juristas que se encargan de describir cómo funciona efectivamente un sistema jurídico suelen decir que entonces opera una especie de “cláusula alternativa tácita”, hallazgo kelseniano cuyo efecto taumatúrgico consiste en considerar permitido lo que estaba prohibido,³⁴ o que la ley es válida en el sentido de obligatoria e inválida en el sentido de perteneciente.³⁵ Pero los no juristas, e incluso muchos juristas, suelen decir en ese caso que la Constitución carece de fuerza normativa, que es simplemente un *papel* político llamado a desempeñar una función simbólica.

Por motivos seguramente diferentes a los de Bayón, también Ferrajoli insiste en tratar la garantía como un asunto enteramente separado de la normatividad y supremacía constitucionales. Para el autor italiano, la inexistencia de un sistema de garantías constitucionales equivale a una *laguna* que, hablando por ejemplo de derechos fundamentales, da lugar a una categoría particular, la de los *derechos débiles*, que son derechos efectivamente existentes ni normativos, aunque “no garantizados y por tanto inaplicables”. De donde nace “una *obligación constitucional* por así decir *meta-normativa*” consistente en introducir las necesarias garantías y eliminar las correspondientes lagunas.³⁶ Lo que significa que las garantías no representan propiamente un presupuesto de la Constitución, sino más bien una consecuencia reclamada por la plena realización del programa normativo que la Constitución encarna.

Se comparta o no esa obligación meta-normativa, lo que parece (casi) universalmente aceptado es que la competencia de los jueces para aplicar

³⁴ De Kelsen véase, por ejemplo, “El concepto de orden jurídico”, trad. de M. I. Azarretto, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 103.

³⁵ Véase Bulygin, E., “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355 y ss.; Nino, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 262 y ss.

³⁶ Ferrajoli, L., *Principia iuris*, *cit.*, nota 4, cap. 12.14.

la Constitución y ejercer un control sobre la ley representa un elemento cualificador que implica una auténtica *mutación* respecto de aquellos sistemas jurídicos que cierran el paso a esa posibilidad.³⁷ Es más, incluso para quien defiende un significado mínimo de superioridad, cabe decir que si bien pueden existir Constituciones y relaciones de jerarquía sin un sistema de garantías, no ocurre igual a la inversa: “el criterio de la fiscalización judicial es el único que parece que funciona como indicio seguro de la existencia de una relación de superioridad jerárquica”.³⁸

Otra cuestión es determinar cuál es el modelo óptimo de justicia constitucional, o cuál el más deferente con la autonomía política del legislador democrático. Como es sabido, suelen enfrentarse dos modelos: el llamado norteamericano o de jurisdicción difusa en el que todos los jueces aplican directamente la Constitución para la solución de las controversias ordinarias, pudiendo entonces desaplicar la ley cuando resulte contrastante, y todo ello con los efectos singulares o limitados al caso concreto propios de una sentencia; y el denominado de jurisdicción concentrada donde un órgano especial —el Tribunal Constitucional— viene llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes de modo abstracto, es decir, mediante un recurso directo y al margen de los casos concretos de aplicación de la ley, dictando sentencias con valor general o *erga omnes*. En pocas palabras, en el primer modelo, y aunque parezca redundante, los jueces actúan como jueces que hacen uso de la Constitución, cuando venga al caso, del mismo modo que hacen uso del resto del ordenamiento; mientras que en el segundo los jueces actúan como legisladores, bien que negativos, dado que sus decisiones ostentan el mismo alcance general que las leyes. Históricamente, la adopción de uno u otro modelo en forma alguna ha respondido a simples preferencias “técnico-jurídicas”, sino que ha venido determinada por circunstancias políticas y concepciones ideológicas de profundo calado.³⁹ Pero la verdad es que hoy resulta difícil encontrar modelos puros y el derecho comparado ofrece ejemplos heterogéneos donde se combinan técnicas y procedi-

³⁷ De mutación habla Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 27. De “salto cualitativo” hablaba yo en el texto criticado por Bayón, *Justicia constitucional...*, *cit.*, nota 5, p. 155.

³⁸ Ruiz Miguel, A., “El principio de jerarquía normativa”, *cit.*, nota 7, p. 104.

³⁹ Como intenté mostrar en el capítulo I de mi *Justicia constitucional...*, *cit.*, nota 5, pp. 80 y ss.

mientos de distinto origen. En particular, se advierte una tendencia que pudiéramos llamar sincrética consistente en combinar elementos procedentes de ambos modelos en el seno de un mismo sistema jurídico; por ejemplo, en Europa actualmente los tribunales constitucionales conviven (no sin dificultades) con una jurisdicción ordinaria que en modo alguno rehúsa la aplicación de la Constitución.

En la cultura jurídica europea se mantiene una predilección hacia el sistema de jurisdicción concentrada ideado por Kelsen para la Constitución austriaca de 1920; y muy recientemente Ferrajoli sigue escribiendo que “sin duda éste es el más eficaz”.⁴⁰ Creo no estar de acuerdo: no sólo no me parece el más eficaz, sino que diría incluso que resulta de dudosa eficacia para la protección de los derechos Y, por otro lado, puestos a ser deferentes con el legislador, el sistema de jurisdicción difusa puede considerarse más respetuoso con la ley. Resumiré algunos argumentos que ya he defendido.

Para empezar, y si se me permite decirlo así, el control abstracto de inconstitucionalidad no es asunto de ciudadanos, sino de políticos: son casi los mismos sujetos o, en todo caso, sujetos políticos muy cualificados quienes puede poner en marcha tanto el procedimiento parlamentario como el recurso directo.⁴¹ De este modo, con frecuencia sucede que el recurso ante el Tribunal aparece como la verdadera culminación de la actividad legislativa. Es verdad que en España existe un recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales al que pueden acceder los ciudadanos, pero los datos son elocuentes: por ejemplo, en el año 2004, el 95.30% de los recursos fue inadmitido sin un pronunciamiento sobre el fondo, dictándose tan sólo 147 sentencias favorables al recurrente.⁴² Pero no es una cuestión de cifras, que tan sólo nos muestran que la mayor parte de los asuntos constitucionales, es decir, de los problemas jurídicos en que se hace presente la Constitución, discurren al margen de

⁴⁰ Ferrajoli, L., *Principia iuris...*, cit., nota 4, cap. 13.18 BA. El autor reprocha al sistema norteamericano la menor separación orgánica del Tribunal Supremo respecto de las instituciones de gobierno, así como su mayor margen de discrecionalidad, origen por ejemplo de una jurisprudencia conservadora en materia de derechos sociales. Por ello, se muestra partidario del modelo concentrado, si bien sugiriendo no pocas reformas garantistas de indudable alcance.

⁴¹ Ciertamente, no puede decirse lo mismo de la llamada cuestión de constitucionalidad que plantean los jueces cuando dudan sobre la legitimidad de una ley.

⁴² *Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente al año 2004*, pp. 33 y 56.

la jurisdicción concentrada, como por otra parte no podía ser de otra forma en el marco de un funcionamiento regular del Estado de derecho. Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna o irradia sobre el conjunto del orden jurídico y que además se pretende garantizada, sólo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley.

En este sentido, el modelo de jurisdicción concentrada no deja de ser un cuerpo extraño en el constitucionalismo de nuestros días, un residuo de otra época y de otra concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que la Constitución no era una verdadera fuente del derecho y, sobre todo, de los derechos, sino una fuente de las fuentes. La fiscalización abstracta propia de este modelo representa un exponente de una idea y de una realidad constitucional que ya no son las nuestras, de la Constitución como norma organizativa de las instituciones del Estado, interna a la esfera del poder y separada del resto del sistema jurídico; por tanto, controlable sólo por órganos especiales que, en realidad, forman parte del legislativo y no del Poder Judicial aun cuando actúen según formalidades jurídicas. Lo que ocurre es que, al haber superpuesto ese modelo antiguo sobre el esquema por completo diferente de una Constitución material o de derechos, las dudas sobre la legitimidad de unas sentencias que ya no sólo determinan quién y cómo puede hacer la ley, sino también en gran medida qué puede o debe decirse en la ley, se incrementan de modo notable.

Por otra parte, la justicia constitucional llevada a cabo de modo difuso por el conjunto de los jueces tiene una ventaja desde la perspectiva del principio democrático, y es que en ningún caso desemboca en una declaración formal de nulidad de la ley, con lo que no sólo se salvaguarda el criterio mayoritario y la intangibilidad de sus decisiones, sino que la norma sigue vigente para la eventual regulación de otros casos. Así, cuando una ley sea clara y manifiestamente inconstitucional en toda circunstancia, su desaplicación terminará siendo equivalente a la nulidad, pero, en general y en línea de principio, lo que el juez declara es que una ley resulta inadecuada para disciplinar un caso a la vista de que el resultado de su aplicación se muestra contrario a la Constitución, pero sin que ello

prejujgue que en otro caso diferente la misma ley o alguna de sus interpretaciones no puedan ser perfectamente válidas y aplicables.

En resumen, una Constitución más flexible, pero mejor garantizada. Si hay poderosas razones a favor del constitucionalismo, y la primera y no menos importante es precisamente la preservación del procedimiento democrático, la llamada objeción contramayoritaria es un buen argumento contra las fórmulas más rígidas de reforma constitucional, pero no contra la supremacía, que, al fin y al cabo, en este capítulo sólo viene a exigir que esa reforma se realice de manera consciente, expresa y formal, propiciando así el debate y la responsabilidad de los sujetos que participan. Pero, a su vez, esa supremacía creo que tiene como consecuencia indispensable la garantía judicial; no ya, si se quiere, la garantía que brinda el juicio abstracto sobre las leyes, pero sí cuando menos la que proporcionan los jueces en los procesos ordinarios para la defensa de los derechos.

Ciertamente, y como ya señalé más arriba, ni el modelo de reforma ni el tipo de control de constitucionalidad, ambos diseñados en la propia Constitución, pueden considerarse suficientes para predicar la supremacía constitucional, que se basa en una cuestión de hecho: no basta con proclamar, por ejemplo, la intangibilidad del texto y el más amplio y profundo control jurisdiccional si al mismo tiempo no existe por parte de las instituciones una práctica que implique el reconocimiento de esa superioridad jerárquica; y tampoco faltan experiencias históricas, incluso en España, de Constituciones cuyo articulado sugería el mayor de los vigores y que luego resultaban sistemáticamente obviadas por la práctica institucional. Esa práctica de reconocimiento que es fundamento de la Constitución y del entero sistema jurídico puede sin duda reposar de hecho en la opinión pública o en el más amplio consenso social, o incluso apelar directamente al venerable derecho de resistencia. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, que es el punto de vista del *deber ser* fatalmente expuesto a ser infringido, las dos señales más claras de la supremacía constitucional son justamente de naturaleza normativa y se traducen en las instituciones de la reforma y de la garantía: si para la reforma del texto opera sencillamente el criterio cronológico y si ante la violación de la preceptiva constitucional se carece de algún mecanismo de reacción jurídica, si en eso consiste la práctica institucional, resulta casi contraintuitivo seguir sosteniendo la supremacía de la Constitución. E insisto: no es que esta última represente un postulado autorreferente

que reclame de forma necesaria (como necesidad lógica) un determinado modelo de reforma y de garantía jurisdiccional; dicho modelo puede no existir aunque la Constitución se proclame como norma suprema, incluso aunque eventualmente lo sea merced a una suerte de consenso universal de los ciudadanos y de las instituciones; pero sólo cuando existe y es respaldado por la práctica institucional, esa proclamación de superioridad jerárquica viene a representar una cualidad efectiva del sistema normativo.

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: SUPERANDO AS TESES DO “LEGISLADOR NEGATIVO” E DO ATIVISMO DE CARÁTER JURISDICCIONAL

André RAMOS TAVARES*

SUMÁRIO: I. *Considerações introdutórias.* II. *Uma função “estruturante” como própria da justiça constitucional.* III. *A necessidade da função estruturante.* IV. *Natureza normativa da função estruturante e seu status constitucional.* V. *Referências bibliográficas.*

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Justiça Constitucional apresenta como função nuclear a defesa rotineira da Constituição, o que tenho preferido chamar de curadoria constitucional, exatamente para significar a necessidade de *proteger e implementar* as normas constitucionais, numa idéia alinhada àquela construída por Héctor Fix-Zamudio¹ no sentido de que a “verdadeira defesa constitucional é a que pode obter uma aproximação entre a Constituição formal e a Constituição real”. A compreensão dessa atribuição (ou defesa) envolve a elucidação (desmembramento) das diversas atividades envolvidas, cujas peculiaridades permitem essa subdivisão em categorias distintas. Uma análise completa das funções da Justiça Constitucional não pode prescindir de uma análise tópica de tais categorias.²

* Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; *Visiting Scholar* na *Cardozo School of Law – New York*; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

¹ *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 10.

² Para uma sistematização das diversas “funções” da Justiça Constitucional: *Cf.* Ramos Tavares, André, *Teoria da justiça constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005.

O presente estudo, porém, adotará um enfoque mais específico em virtude dos limites de espaço. Discutirá o que denomino *função estruturante*, que é a mais difundida entre as funções da Justiça Constitucional e, ademais, aquela que se considera essencial (contemporaneamente) para que um Tribunal se caracterize como Constitucional.³ Não será realizada, contudo, uma análise do fundamento e sentido de uma teoria das funções fundamentais da Justiça Constitucional, imprescindível para a compreensão dessa categoria funcional, tanto em relação às demais funções quanto à legitimidade de seu exercício, suas implicações democráticas e políticas.

O presente estudo terá como enfoque o significado e a relevância da proteção à estrutura normativa, verificando-se em que medida uma atividade desse calibre interfere no e/ou equipara-se ao papel exercido pelo legislador, o que envolve o pressuposto da caracterização jurisdicional ou judicialiforme da Justiça Constitucional.⁴ A tese será contraposta à conhecida idéia cristalizada por Kelsen na expressão “legislador negativo”, referida ao (e legitimadora do) Tribunal Constitucional enquanto instituição consagrada do constitucionalismo ocidental pós-II Guerra Mundial.

II. UMA FUNÇÃO “ESTRUTURANTE” COMO PRÓPRIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Denominar-se-á *estruturante* a função por meio da qual se promove a adequação e a harmonização *formais* do ordenamento jurídico, consoante sua *lógica* interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada.

O que a Justiça Constitucional realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Mas não se busca, por meio dessa função,

³ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

⁴ Também não será explorada, aqui, portanto, a tese de que a Justiça Constitucional é ou tem sido essencialmente política, ou ainda de que funcionaria como uma jurisdição “especial”.

apenas impor o princípio da não-contradição interna, mas igualmente ober um “funcionamento prático” do ordenamento.⁵

A manutenção do sistema normativo envolve, basicamente, o respeito do arquétipo jurídico em termos de hierarquia e competência, de maneira que eventual conflito que se possa estabelecer tem de ser dirimido e eliminado pelo órgão habilitado do sistema.

Quanto à obediência dos comandos de competência, considerar-se-á categoria funcional à parte, tendo em vista as profundas diferenças encontráveis no desempenho dessa função e daquela outra decorrente da manutenção da hierarquia.

A idéia de uma função estruturante, portanto, é adotada com esse sentido técnico restrito. Tudo o que se relacionar com a *estrutura básica do edifício jurídico* será considerado função estruturante. Essa terminologia incorporará, portanto, aquela que é a função considerada inaugural, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. É a função nuclear do Tribunal Constitucional, na concepção de muitos autores, como Petrucci⁶ e Enterría.⁷

Em síntese, nessa função se compreende o controle do respeito à hierarquia e à distribuição de competências. Também se pode agregar a possibilidade, existente em alguns ordenamentos, de declarar a inexistência de um ato jurídico (como ocorre em Portugal).

Significado da estrutura a ser tutelada: apresentação dos pressupostos deste trabalho

Poder-se-ia imaginar que ao Judiciário caberia apenas a aplicação das leis, cuja elaboração, por seu turno, confere-se apenas ao Legislativo:

Mais cette conception du rapport de la législation à l'exécution est inexacte. Ces deux fonctions ne s'opposent pas de façon absolue comme la créa-

⁵ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 206.

⁶ Petrucci, Michele, *La corte costituzionale*. 1950. Ver Calamandrei, Piero y Levi, Alessandro (coords.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, G. Barbera, 1950. v. II. 527 p. Bibliografia: pp. 431-464 (Michele Petrucci), p. 443.

⁷ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, reimpressão de 1994.

tion à l'application du droit, mais de façon purement relative. A y regarder de plus près, chacune d'elles se présente en effet comme un acte à la fois de création et d'application du droit. Législation et exécution sont, non pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du procès de création du droit, et deux étapes intermédiaires. Car ce procès ne se limite pas à la seule législation, mais, commençant dans la sphère de l'ordre juridique international supérieur à tous les ordres étatiques, se poursuit par la Constitution, pour aboutir enfin, à travers les étapes successives de la loi, du règlement, puis du jugement et de l'acte administratif, aux actes d'exécution matérielle (*Vollstreckungsakte*) de ces derniers.⁸

Dessa maneira, compreende-se o ordenamento constituído por degraus. Em cada um deles ocorre tanto produção de direito, em relação ao degrau inferior, como reprodução de direito, em relação ao degrau anterior:

L'idée de régularité s'applique à chaque degré dans la mesure où il est application ou reproduction du droit. Car la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique... ou encore de ces actes-ci d'exécution (*Vollziehungsakte*) aux normes générales légales ou réglementaires que l'on peut postuler la régularité et des garanties techniques propres à l'assurer, mais aussi dans les rapports du règlement à la loi et de la loi à la Constitution. Des garanties et de la légalité des règlements et de la constitutionnalité des lois sont donc aussi concevables que des garanties de la régularité des actes juridiques individuels.⁹

Naquilo que interessa, a partir dessa teoria, para a presente pesquisa, tem-se que: "Garantias de la Constitution signifie donc: garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois".¹⁰

Esse posicionamento, contudo, deverá ser trabalhado para se estabelecer um campo mais abrangente de preocupação no que tange à garantia da Constituição:

⁸ Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, abr.-maio-jun. 1928. Extrato, p. 3.

⁹ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

¹⁰ *Ibidem*, p. 5.

Les garanties de la Constitution ne sont alors que des moyens contre les lois inconstitutionnelles; mais, dès que —par l’intermédiaire de l’idée de forme constitutionnelle— la notion de Constitution est étendue à d’autres objets qu’à la procédure législative et à la détermination de principe du contenu des lois, il devient possible que la Constitution se concrétise en des formes juridiques autres que les lois, en particulier en des règlements, ou même en des actes juridiques individuels.¹¹

III. A NECESSIDADE DA FUNÇÃO ESTRUTURANTE

Nenhum sistema jurídico pode sobreviver sem que haja, por algum órgão, a manutenção de sua estrutura. E essa atividade mantenedora tem sempre de efetivar-se, não consistindo em mera contemplação abstrata de excepcional utilização. Sobre o tema, reverberam as lições de Crisafulli:¹²

Mas se as antinomias são possíveis (e pelo contrário, ao menos na evolução temporal do ordenamento, inevitáveis), é também verdadeiro de outra parte que devem ser compostas e resolvidas, a fim de que o ordenamento o seja verdadeiramente, como a palavra exprime: *ordem*, sistema regulador coerente e unitário, e não um acúmulo informado de normas entre elas contrastantes. Ao reconhecimento da possibilidade de antinomias, contrapõe-se, para isto, em sede dogmática, o postulado da unidade do sistema (antinomias existem, mas são vedadas). Unidade “formal”, antes de tudo, ou “dinâmico-formal” (Kelsen), no sentido que daquele faz parte integrante sobretudo normas postas sobre fatos e atos a isto autorizadas pelas normas (constitucionais) sobre produção jurídica; uma unidade também “material”, no sentido de que não devem poder coexistir validamente normas regulando um mesmo objeto em sentidos contrários.

A presença de atos atentatórios à Constituição, de ocorrência em diversos níveis (normativos e fático), é praticamente inafastável. Mais do que meramente “possíveis”, as antinomias e violações são praticamente insuperáveis. As normas e os comportamentos contrários à Constituição

¹¹ *Ibidem*, pp. 10-1.

¹² Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale: L’ordinamento costituzionale italiano: La corte costituzionale*, 5a. ed. rev. e atual, Padova, Cedam, 1984, v. II. t. 2, pp. 206 y 207.

não afastam a supremacia desta, nem a vulneram, porque a Constituição permanece, durante todo o tempo, norma suprema e superior.¹³

As ocorrências indesejáveis da contradição têm sua potencialidade elevada na medida em que as constituições passam a abarcar uma ampla gama de conteúdos, ou seja, como chegou a observar Kelsen¹⁴ —contra sua própria e estrita definição de Constituição— quando as constituições deixaram de ser apenas uma norma de procedimento para ser também uma norma de fundo.

O risco de que se possa estar violando a Constituição mediante atos a ela contrários multiplica-se na proporção de seu tamanho. Seria até desnecessário dizer que quanto maior o catálogo de direitos constantes das constituições, maior se torna a probabilidade de que haja sua violação. Nas constituições denominadas analíticas (pelo extenso catálogo de direitos e de regras diversas que consignam), ao legislador (e ao Governo em geral) resta uma área de atuação que, se é ainda ampla, nem por isso deixa de ser reduzida em relação às denominadas constituições sintéticas. Assim, ao processo (histórico) de alargamento dos textos constitucionais, pela inclusão de normas consagradoras de direitos e pelo superdimensionamento das regras que formalmente alcançam a natureza constitucional, pode-se afirmar que segue um processo de vulnerabilização dos textos que, por seu turno, demanda uma ampliação das fórmulas de garantia da integridade constitucional. É esse o contexto no qual se insere o denominado processo constitucional.¹⁵

Evidentemente que há toda uma outra sorte de fatores que podem ser considerados decisivos para determinar o grau ou intensidade em que as violações ocorrerão. Contribuem, dentre outros, fatores como a cultura constitucional do país, a “veracidade” ou “realizabilidade” das normas constitucionais, a consciência democrática e a limitação dos “poderes”.

A dimensão estruturante da Justiça Constitucional é sempre imprescindível e inafastável e encontra-se diretamente relacionada à supremacia e rigidez do corpo constitucional. Portanto, para que persevere a correta

¹³ Cf. Ramos Tavares, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 264.

¹⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 9-10.

¹⁵ Cf. Ramos Tavares, *op. cit.*, nota 13, p. 265.

constatação de Cooley¹⁶ no sentido de que uma “Constituição por si jamais expira perante pactos ou leis” é imprescindível que se promova referida atividade estruturante.

IV. NATUREZA NORMATIVA DA FUNÇÃO ESTRUTURANTE E SEU *STATUS* CONSTITUCIONAL

Esse tipo de manutenção derivada do exercício da um função estruturante envolve, necessariamente, como efeito direito, uma natureza propriamente *normativa*, um *lawmaking process*,¹⁷ uma “confection avec un signe négatif” de lei.¹⁸ Contudo, isso não esclarece a gradação dessa atividade normativa, que não se pode considerar propriamente *legislativa*.¹⁹

É preciso considerar duas ordens de fatores. (i) A eliminação de uma lei não é derivada da função interpretativa (apenas). (ii) Ao contrário da função legislativa (em sentido estrito, tipicamente atribuída aos corpos legislativos), a presente função apresenta *status* constitucional e resultado de patamar igualmente constitucional (tal como ocorre com a função interpretativa da Constituição, especialmente quando realizada por um Tribunal Constitucional).

A primeira observação é compreensível por si mesma. A eliminação de uma lei ou ato normativo, por incompatibilidade hierárquica com outra norma, envolve a interpretação de ambas, ou seja, a admissão de significados para efeito de serem comparados entre si. Mas isso é apenas um pressuposto, e torna a função interpretativa uma função instrumental da estruturante. Uma penetra na outra de maneira direta, mas não se devem confundir.

¹⁶ Cooley, Thomas M., *General principles of constitutional law: in the United States of America*, 2a. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1891, reimpr. 1998 by Weisman Publications, p. 32.

¹⁷ Tribe, Laurence H., *American constitutional law*, 3a. ed., Nueva York, The Foundation, 2000, v. I., p. 216.

¹⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 28.

¹⁹ Função legislativa, no sentido aqui adotado, é “o desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral” (Tavares, *op. cit.*, nota 2, p. 322). É, em termos diversos, a produção de atos com *status* legal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerceu uma tal função sob a égide da Constituição de 1967/69, na medida em que esta o autorizava a dispor, em seu Regimento Interno, sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição da relevância da questão federal” (art. 119, § 3º, c).

O argumento contrário, que admite a eliminação de uma lei como mero fruto da interpretação, adota uma concepção já superada, no sentido de que:

L'applicazione del diritto non comporta valutazioni politiche, ma si reduce alla fedele esecuzione di decisioni politiche altrui, oggettivamente accertate mediante interpretazione: como se i documenti normativi incorporassero un contenuto di significato univoco e ben determinato, suscettibile di puro e semplice "accertamento" scientifico.²⁰

A segunda hipótese mencionada, de que o patamar da decisão a ser tomada deve ser constitucional (e não legal), exige uma explicação detida.

Tocqueville,²¹ preocupado em demonstrar como a atividade do Judiciário não pode desvincular-se de um caso concreto, observa:

Para que haja juiz, é preciso haver processo. Enquanto uma lei não der lugar a uma contestação, o poder judiciário não tem, pois, ocasião alguma de ocupar-se dela. A lei existe, mas ele não a vê. Quando um juiz, a propósito de um processo, ataca uma lei relativa a esse processo, amplia o círculo de suas atribuições, mas não se afasta dele, pois, lhe foi necessário, de certa maneira, julgar a lei para chegar a julgar o processo. Quando se pronuncia sobre uma lei, sem partir de um processo, sai completamente da sua esfera e penetra na do poder legislativo (grafia atualizada).

Então, era comum retirar o Tribunal Constitucional do círculo do Judiciário para inseri-lo no *Legislativo*, caso se lhe permitisse atuar em abstrato, independentemente de um caso concreto. Essa conclusão servia de mote para pesadas críticas acerca da possibilidade de assim proceder um Tribunal. Tanto o receio de atribuir essa função ao Tribunal Constitucional está em boa medida superado como, de outra parte, como se pretende demonstrar, essa permissão funcional não significa inserir o Tribunal em campo próprio do legislador (parlamentar). Vai muito além dessa suposição inicial.

²⁰ Guastini, Ricardo, *Le Fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993 (*Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), p. 317.

²¹ Tocqueville, Alexis de, *A democracia na América*, 3a. ed., tradução: Neil Ribeiro da Silva, Posfácio: Antonio Paim, Belo Horizonte, Itatiaia; São Paulo, ed. da Universidade de São Paulo, 1987 (Biblioteca de Cultura Humanista, 4). tradução de: *De la démocratie en Amérique*, 1835: livro I; 1940: livro II, p. 82.

Nas ações diretas (modelo kelseniano) promotoras do controle concentrado-abstrato da constitucionalidade das leis o objetivo é, geralmente, de caráter anulatório de leis. Isso é, quanto ao Legislativo, decorrência direta de uma “limited Constitution”, na acepção empregada por Hamilton.²² Provoca-se, pois, por meio de referidas ações, a função estruturante do Tribunal Constitucional.

Desde a função histórico-original se tem atribuído aos tribunais constitucionais a pecha de *legisladores negativos*. Assim, boa parte da doutrina chegou a sustentar, naquele momento, que a função do Tribunal Constitucional não diferiria daquela desenvolvida pelo legislador.²³

A eliminação de uma lei, é verdade, prescinde de uma força (*status*) constitucional do ato de eliminação. Basta ao próprio legislador editar normas posteriores revogando (explicitamente ou implicitamente) as leis anteriormente editadas. É o critério cronológico que se aplica na base da superação dessas antinomias, sendo todos os atos envolvidos de idêntica posição na hierarquia das normas.

Contudo, no caso em que as leis são eliminadas por serem incompatíveis com a Constituição (hierarquia) ou por invasão de competências próprias de outros órgãos ou entidades, essa eliminação está assentada em uma base exclusivamente constitucional,²⁴ no sentido de que o confli-

²² Para o autor, “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex-post-facto* laws, and like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts or justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing” (Hamilton, Alexander *et al.*, *The Federalist: The Famous Papers on the Principles of American Government*, Nueva York, Barnes & Noble, 1996. Original: 1788, n. 78, p. 491.

²³ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., tradução: Manuel Sánchez Sarto, “Prólogo” de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998. Tradução de Der Hüter der Verfassung, 1931 (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política), p. 90; Delfino, Felice, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi: natura ed effetti*, Napoli, Eugenio Jovene, 1970 (Pubblicazioni della facoltà Giuridica dell’Università di Napoli, CXX), p. 21-9; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, 1928, pp. 27-31; Tocqueville, *op. cit.*, nota 21, p. 82.

²⁴ Observa F. Balaguer Callejón (Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del derecho: I. Principios del ordenamiento Constitucional*, “Prólogo”, Juan J. Ruiz-Rico, [1. ed.], Madrid, Tecnos, 1991, p. 161) a respeito da necessidade de resolver os conflitos en-

to entre fontes do Direito de estatura diferenciada é resolvido por um ato de estatura idêntica àquela do ato hierarquicamente superior violado. No caso da Justiça Constitucional, a norma violada, sendo a Constituição, é reposta em sua integridade normativa, contra a lei ou ato normativo violentador, por meio de uma decisão que se deve considerar da mesma estatura da norma constitucional, e não da norma legal ou infralegal violentadora.

Na teoria de Kelsen, o Tribunal Constitucional, por eliminar as leis, seria um órgão legislativo (negativo), o que implica atribuir à decisão do Tribunal Constitucional força legislativa.²⁵ Ao contrário do que sustentou Kelsen, ao desempenhar a função de eliminar as leis, não se arvora o Tribunal Constitucional em função propriamente legislativa (sentido estrito), mas sim em função tipicamente constitucional (estatura normativa máxima). Assim, se é certo que a eliminação de uma lei pode ocorrer por outra lei e, dessa forma, manter-se no patamar legal, não é isso o que ocorre no fenômeno de eliminação promovida pelo Tribunal Constitucional, no exercício do que se convencionou chamar, aqui, função estruturante.

A doutrina peca, nesse ponto, por considerar a possibilidade de que o legislador sobreponha-se à declaração do Tribunal Constitucional simplesmente reeditando ato de idêntica forma e conteúdo. Ocorre que, quando do exercício desta função estruturante, seria inadequado admitir que o legislador pudesse editar nova lei com o mesmo conteúdo daquela já eliminada por incompatibilidade com o sistema pelo Tribunal Constitucional. Isso torna esse Tribunal secundário, numa espécie de ataque aos sintomas da doença e não propriamente à enfermidade. Ataca-se o sintoma para que este logo em seguida volte (e, se acaso não voltar, isso será

tre normas: “Ya no es cualquier órgano de aplicación del derecho el encargado de resolver el conflicto, sino tan sólo órganos específicos (esencialmente jurisdiccionales, excepcionalmente administrativos) los habilitados para solucionar un conflicto que se produce entre diversas fuentes normativas (expresión, por tanto, de fuerzas productoras distintas).

Quando el conflicto se genera entre fuentes que tienen ámbitos materiales reservados a su competencia... el ordenamiento restringe aún más la capacidad de solución a determinados órganos, en este caso tan sólo a órganos jurisdiccionales...

Un efecto peculiar del conflicto normativo, al que no se suele aludir generalmente, puede ser el de producción de nuevo Derecho como consecuencia de la intervención de los órganos que resuelven el conflicto. Ello ocurre cada vez que los órganos de aplicación y control determinan la solución del conflicto mediante decisiones que tienen eficacia *erga omnes*”.

²⁵ Cf. Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 318.

devido a circunstâncias alheias à atuação pretérita do Tribunal Constitucional, ou no máximo um ato de disposição do legislador). Isso é simplesmente inadmissível numa teoria da Justiça Constitucional que pretenda sugerir uma instituição consistente com seus pressupostos e objetivos. Como decorrência direta de não se tratar de decisão de patamar legal, não se vislumbra no Tribunal Constitucional mero legislador negativo.

Se o regime é diverso do regime de simples “revogação legal”, não se pode, portanto, pretender reduzi-lo ou incorporá-lo a essa situação. Mas essa advertência seria facilmente objetável no sentido de que ela não conduz, necessariamente, à elevação da decisão do Tribunal à categoria constitucional. De fato, é necessário conjugar a constatação de que se trata de um regime diverso com as implicações do que seria esse regime para concluir pela inclusão dessa categoria funcional entre os atos de estatura normativa máxima.

Ademais, é preciso, ainda, enfrentar outra objeção. Há uma parcela da doutrina que não vislumbra nos tribunais constitucionais a função de “legislador” nem a de supralegislador. Os tribunais apenas declararariam, consoante essa tese, a nulidade de uma lei, não sua derrogação, significando isso a aplicação de uma lei superior, não uma função legislativa.²⁶ Tratar-se-ia, aqui, pois, de uma função tipicamente jurisdicional (de aplicação das leis) e a decisão do Tribunal Constitucional teria *status* simplesmente *jurisdicional* (não legal, tampouco constitucional). Essa tese, contudo, apesar de aparentemente incompatível com a anterior, não o é. Ela nada diz sobre a posição das decisões assim tomadas na hierarquia das fontes normativas; apenas considera que a natureza é jurisdicional (e descarta a acusação e um ativismo judicial ou jurisdicional, no sentido político). No estágio atual, isso não significa admitir nem patamar legal, nem supralegal, nem infralegal. Portanto, a objeção não só esvai-se como também pode ser incorporada como complementar à tese aqui adotada. Ainda que um ato tipicamente jurisdicional, sua hierarquia é constitucional.

Também não impressiona o argumento daqueles que aduzem que, se se tratasse de atividade legislativa, deveria ter o Tribunal Constitucional o poder de revogar suas decisões de acordo com sua conveniência, como

²⁶ Cfr. Pérez Gordo, Alfonso, *El tribunal constitucional y sus funciones*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 41; Guastini, *op. cit.*, nota 20, pp. 316-318.

sustenta Ascensão.²⁷ É certo que isso não ocorre porque representaria a transformação de um tribunal que realiza o “fechamento” jurídico do sistema em entidade meramente política, o que não é desejável e, pois, deve ficar excluído da racionalidade do sistema.

Reconhecendo-a como função jurisdicional, há, ainda, quem pretenda distingui-la das demais, considerando-a função suprajurisdicional.²⁸ Nessa hipótese confirma-se a tese do nível constitucional desse tipo de decisão.

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de um ato normativo, quando proclamada pelo Tribunal Constitucional, não apenas equivalem (de imediato) aos efeitos de um legislador negativo (derrogação) mas também alcançariam o legislador do futuro, impedindo-o de atuar no sentido de apresentar lei de idêntico conteúdo ao daquela anteriormente anulada.²⁹ Para F. Balaguer Callejón:³⁰ “...una ley derogada por el Parlamento puede adquirir vigencia de nuevo mediante un nuevo acto del Parlamento. Pero una ley declarada inconstitucional y anulada no puede ser incorporada legítimamente de nuevo al ordenamiento por el Parlamento”.

Há, pois, nessa tese, uma substantiva distinção entre (i) anulação pelo Parlamento e (ii) anulação pelo Tribunal Constitucional, quando tais anulações se refiram a uma lei, com base em sua inconstitucionalidade.

Essa postura pretende extrair todas as conseqüências de uma posição mais racionalizadora: se já houve a declaração de inconstitucionalidade, não se poderia admitir nova edição pelo Parlamento de lei com idêntico conteúdo. Promove-se a segurança jurídica e a racionalidade do sistema de fontes. Aproxima-se, pois, essa tese da corrente doutrinária que considera que os tribunais constitucionais representam um superlegislativo, um órgão acima do próprio legislador. Brandeis³¹ em seus votos, em 1924, afirmou que o Tribunal se convertera em uma espécie de “superle-

²⁷ Ascensão, José de Oliveira, “Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do directo”, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 16, n. 1/2, pp. 215-229, dez. 1987, p. 229.

²⁸ Cf. Pérez Gordo, *op. cit.*, nota 26, p. 42.

²⁹ Ramos Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo, IBDC, 1998, p. 120.

³⁰ Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 24, p. 133, n. 157.

³¹ *Apud* Gracia de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *cit.*, nota 7, reimpressão de 1994, p. 170.

gislatura”. Cappelletti,³² dentre outros, posiciona-se contrariamente a essa idéia.

A segurança que se obtém, contudo, pode inviabilizar, em parte, a função evolutiva (adaptativa) do Tribunal Constitucional relativamente às normas constitucionais. Para que isso não ocorra é necessária a criação de um mecanismo, a ser manejado pelo próprio Legislativo, para que o Tribunal reaprecie a posição assumida anteriormente (promovendo nova interpretação de norma constitucional que possibilite o ressurgimento de normativa legal que, à luz da interpretação anterior da norma constitucional, seria com esta incompatível).

Ainda que se pretendesse admitir como norma apenas aquele enunciado dotado de uma determinada *sanção*, nem por isso as decisões dos tribunais constitucionais teriam seu ingresso nessa categoria sumariamente rejeitado, já que ainda resta considerar essa nulidade dela derivada (ou nela declarada ou constituída) como espécie de sanção específica³³.

1. Status constitucional ou supralegal da modulação temporal dos efeitos da decisão

A. Retroatividade

Os poderes do Tribunal Constitucional são de “destruição maciça”³⁴ por permitirem a eliminação retroativa do ato normativo, ou de seus efeitos. Essa é a doutrina tradicionalmente aceita,³⁵ desenvolvida e adotada

³² *Juizes legisladores?*, tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de: Giudici legislatori, (Estudo dedicado à memória de Tullio Ascarelli e Alessandro Pekelis), p. 93, n. 196.

³³ Para esse mesmo sentido parece caminhar F. Balaguer, Callejón (*op. cit.*, nota 24, p. 114) quando afirma que: “el concepto de sanción tampoco debe identificarse necesariamente con la posibilidad de realización coactiva de la norma sobre los sujetos que la incumplen, ya que la sanción puede también producirse mediante la garantía inmediata que supone la nulidad de aquellas normas o actos que sean contrarios al ordenamiento”.

³⁴ Andrade, J. C. Vieira de, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, 1995, p. 79, ver colóquio no. 10 Aniversário do Tribunal Constitucional.

³⁵ Cf. Almeida, Luís Nunes de, “El tribunal constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n. 60-61, pp. 859-889, abr.-set. 1988, p. 883; Ferreira Filho, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, 28a. ed atual, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 39; Reale, Miguel, *Questões de direito*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981, p. 55; Tribe, *op. cit.*, nota 17, 2000, p. 216.

pela Corte Suprema norte-americana, como acentuou o *Justice Holmes* em um de seus julgados, em 1910, ao anotar que a regra da operatividade retroativa tem norteado as decisões do Tribunal “for near a thousand years”.³⁶

Esse tipo de atuação não é, contudo, reconhecido ao legislador, que, comumente, tem de respeitar as situações pretéritas, não podendo legislar para o passado. Trata-se de reconhecer a natureza constitutiva (e não meramente declaratória) desse ato. A invalidade pode ser meramente declarada, mas sua ineficácia (como consequência) há de ser constituída pela decisão.³⁷

B. *Eficácia prospectiva*

O abandono da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional encontra fundamento na necessidade de preservar o Direito contra a descontinuidade, devendo-se buscar um equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e a insegurança jurídica.³⁸

Quando o Tribunal Constitucional for dotado da possibilidade de anular uma lei com eficácia prospectiva e *diferida* (a partir de uma data futura), essa atividade deverá ser analisada, quanto a sua natureza, em separado dos casos em que a anulação é retrospectiva ou *meramente* prospectiva. É que, naquelas circunstâncias, continuará prevalecendo, por determinado período, a legislação, mesmo após sua declaração de inconstitucionalidade. Contudo, isso ocorre apenas em virtude da ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional, que, nesses termos, para muitos autores, como Ascensão,³⁹ aproxima-se de uma atividade meramente legislativa, por basear-se em critérios de conveniência e oportunidade do Tribunal Constitucional.

É o sistema admitido na Constituição portuguesa, ao prescrever em seu art. 282 (conforme revisão de 1982): “4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional

³⁶ *Apud* Tribe, *op. cit.*, nota 17, 2000, p. 217.

³⁷ Guastini, *op. cit.*, nota 20, p. 316.

³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, s. l., Il Mulino, 1988, p. 307; 1a. ed., 1977.

³⁹ Ascensão, *op. cit.*, nota 27, 1987, p. 226.

fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2”.

Idêntica orientação foi adotada no Brasil por meio da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ademais, não se admitirá que o legislador possa, nesses casos, legislar nesse período no mesmo sentido da lei anteriormente declarada inconstitucional (mas ainda em vigor), mesmo que temporariamente (circunscrita temporalmente ao período de tolerância estabelecido pelo Tribunal Constitucional). É que a tolerância vale apenas para a lei já promulgada e seria inócua a legislação substitutiva. Quanto à possibilidade de leis futuras, valem as conclusões anteriores, de racionalização do sistema.

A presente categoria de atividade com natureza legislativa insere-se como possível decorrência do exercício de um controle positivo de inconstitucionalidade das leis.

A mera possibilidade, reconhecida ao Tribunal Constitucional, de modular (dosar) a eficácia temporal de suas decisões (de reconhecimento da inconstitucionalidade) significa a possibilidade de atuação tipicamente legislativa. A faculdade conferida ao Tribunal de restringir os efeitos da decisão, ao poder se basear em considerações de interesse público, transmuda-se em função de caráter acentuadamente político,⁴⁰ com o que se revela, novamente, uma conotação legislativa.

A eficácia (força) prospectiva permite resolver relações jurídicas de maneira abstrata, tal como o legislador, porque inova a ordem jurídica em relação ao regime anterior, que permanece em seus efeitos já produzidos. Para García de Enterría,⁴¹ essa jurisprudência com força apenas prospectiva:

⁴⁰ Andrade, J. C. Vieira de, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, cit., nota 13, p. 79.

⁴¹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 7, p. 181.

...pone al Tribunal Constitucional casi en el papel del legislador, que inova el Derecho pro futuro.

[...insere o Tribunal Constitucional quase no papel de legislador, que inova o Direito para o futuro.]

Isso significou, na doutrina constitucional, verdadeiro rompimento com o dogma da nulidade da lei e retroatividade dos efeitos dessa declaração, tese tradicionalmente aceita.⁴² A esse respeito, cita-se o caso em Direito criminal de *Linkletter versus Walker*, de 1965, pelo qual na própria Suprema Corte norte-americana se passou a afastar esse dogma:

[...] the Court developed a doctrine under which it could deny retroactive effect to a newly announced rule of criminal law. The Court announced that “the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect” and quoted Justice Cardozo for the proposition that “the federal constitution has no voice upon the subject”. The Court essentially treated the question of retroactivity in criminal cases as purely a matter of policy, to be decided anew in each case.⁴³

Essa possibilidade atribuída ao Tribunal Constitucional de, discricionariamente, dispor que a anulação de uma lei surta efeitos apenas a partir de uma data posterior à da decisão fora reconhecida no próprio modelo austríaco originário.⁴⁴ A decisão surtia efeitos desde a data de sua publicação, salvo se a Corte estabelecesse um adiamento de, no máximo, um ano (art. 140-3). Esse tipo de adiamento permitiria ao Legislador editar uma lei adequada constitucionalmente e evitar a lacuna e eventuais efeitos indesejáveis dela decorrentes.

Era a doutrina exposta pelo próprio Kelsen, que fez consignar sua tese de que só o modelo de efeitos *ex nunc* atenderia aos objetivos de segurança jurídica:

⁴² Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1971, p. 90.

⁴³ Tribe, *op. cit.*, nota 17, pp. 218 y 219.

⁴⁴ Cf. Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, tradução: Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2003 (Coleção Justiça e Direito). Tradução de: *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution* [debate no Instituto Internacional de Direito Público], 1928b; *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Australian and American Constitution*, 1942, p. 305; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid-México, Civitas-UNAM, 1982 (Estudios Comparativos, n. 21, p. 167)

Quant à sa portée dans le temps, l'annulation peut se limiter à l'avenir ou au contraire s'étendre également au passé, c'est-à-dire avoir lieu avec ou sans effet rétroactif. Cette différence n'a naturellement de sens que pour les actes qui ont des conséquences juridiques durables; elle intéresse donc avant tout l'annulation des normes générales. L'idéal de la sécurité juridique exige qu'on n'attribue en général d'effet à l'annulation d'une norme générale irrégulière que *pro futuro*, c'est-à-dire à dater de l'annulation. Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l'annulation entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un certain délai. De même qu'il peut y avoir des raisons valables de faire précéder l'entrée en vigueur d'une norme générale – loi ou règlement par exemple – d'une *vacatio legis*, de même il pourrait y en avoir qui porteraient à ne faire sortir de vigueur une norme générale annulée qu'à l'expiration d'un certain délai après le jugement d'annulation. Cependant, certaines circonstances peuvent rendre une annulation rétroactive nécessaire. Il ne faut pas songer seulement au cas-limite précédemment considéré d'une rétroactivité illimitée où l'annulation de l'acte équivaut à sa nullité, lorsque l'acte irrégulier doit, d'après l'appréciation souveraine de l'autorité compétente pour l'annuler ou en vertu de l'exigence par le droit positif d'un minimum de conditions pour sa validité, être reconnu comme étant purement et simplement un pseudo-acte juridique; il faut envisager avant tout un effet rétroactif exceptionnel, limité à certaines espèces ou à une certaine catégorie de cas.⁴⁵

Mas havia outro motivo, igualmente exposto em Kelsen,⁴⁶ para a anulação meramente *ex nunc* das leis. É que também o legislador está autorizado a interpretar as leis, e, assim, essa sua interpretação deve ser respeitada até que sobrevenha uma decisão contrária (do Tribunal Constitucional). Portanto, na doutrina kelseniana fica bem exposta a sobreposição de uma decisão à outra, demonstrando o caráter supralegal das decisões adotadas pelo Tribunal Constitucional, por força da supremacia da Constituição e daquele órgão que tenha a atribuição de interpretá-la em caráter definitivo.

A Suprema Corte norte-americana reuniu seus critérios para a atribuição de eficácia futura no caso *Stovall versus Denno*, em 1967, consignando: “The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on

⁴⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 22 y 23.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional, cit.*, nota 43, p. 305.

the administration of justice of a retroactive application of the new standards”.⁴⁷

Em tais hipóteses é facilmente constatável que se trata de atividade de cunho nitidamente legislativo, porque atua com apreciações discricionárias de oportunidade e conveniência, com o estabelecimento de um “novo” regramento apenas para o futuro, vigorando a partir da data da decisão que assim se pronunciar.

Ressalve-se o caso em que à decisão é atribuído alcance retrospectivo. Em tais circunstâncias, a decisão do Tribunal Constitucional extrapola os limites de mera função legislativa, e se insere no contexto propriamente constitucional, como apreciado anteriormente. Ao legislador não é dado retroagir sua normatização.

A crítica mais severa que se pode formular à eficácia meramente prospectiva, portanto, é a de que permite a sobrevivência, por determinado período (independentemente de sua duração longa ou reduzida) de uma lei nitidamente inconstitucional. Baseada nas lições de Schmitt,⁴⁸ Soto⁴⁹ observa que uma determinada praxe do Tribunal Constitucional pode alterar a própria natureza da Constituição: “El peligro de las nuevas técnicas que modulan la eficacia en el tiempo de las sentencias es que relativizan el carácter normativo y jerárquico de la Constitución, en la medida en que en muchos casos se deja en suspenso su rigidez permitiendo que opere “temporalmente” una ley inconstitucional”.⁵⁰

Na medida em que se conceba a eficácia prospectiva como poder para suspender temporalmente a eficácia do princípio da supremacia constitucional, evidentemente que a atividade não se pode considerar meramente legislativa. Se a permissão encontra-se constitucionalmente explicitada, haveria de se questionar acerca da própria rigidez da Constituição, por franquear que o Tribunal Constitucional a altere, em seus comandos, ainda que essa alteração seja restrita no tempo. Se não há permissão constitucional explícita, pode-se entender que, salvo proibição expressa, cumpre ao Tribunal Constitucional avaliar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Esse poder acaba por fazer do Tribunal mais do que curador, um verdadeiro “senhor” da Constituição.

⁴⁷ *Apud* Tribe, *cit.*, nota 17, p. 219.

⁴⁸ Schmitt, *op. cit.*, nota 23.

⁴⁹ Blasco Soto, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, pp. 352-355.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 355.

2. A restauração de norma anterior àquela declarada inconstitucional

A anulação de uma lei com base na inconstitucionalidade opera um vazio normativo. Esse vazio pode ser evitado com a restauração do vigor da lei anterior à lei anulada, em situações específicas.

Com essa preocupação foi construído o modelo austríaco,⁵¹ que previa expressamente, consoante o art. 140, § 3º, na redação dada pela lei constitucional federal de 1929:

Quando una ley o una parte de la ley es anulada como inconstitucional por una sentencia del Tribunal de Justicia constitucional, las disposiciones legislativas que habían sido abrogadas por la ley cuya inconstitucionalidad declaró el Tribunal de Justicia constitucional, entran en vigor el día en que la anulación produce efecto, a menos que la sentencia no disponga otra cosa.

El acta que publica la anulación de la ley debe indicar qué disposiciones legislativas entran en vigor.

A restauração de lei anteriormente revogada por lei no presente declarada inconstitucional era automática, salvo se a decisão do Tribunal Constitucional dispusesse em sentido contrário.

Evidentemente que a restauração da lei anterior era determinada, nessas circunstâncias, pela vontade expressa da Constituição. Essa é, aliás, uma condição que deve ser sempre respeitada.⁵²

Apesar de se tratar de uma vontade constitucional, ela não interferirá na discricionariedade do legislador, que poderá modificar essa legislação (apenas não deverá interferir para restaurar os termos de lei já reconhecida inconstitucional). Portanto, nesses casos, essa parte da decisão assim proferida, apesar do caráter e preocupação estruturantes, terá inexoravelmente *status* de lei. Kelsen⁵³ sustenta, inclusive, que se trata de reconhecer, nessas circunstâncias, um “legislador positivo”. Contudo, tendo em vista os limites dessa atividade (no máximo opera a restauração dos termos de lei anteriormente aprovada pelo Parlamento), não se denominará essa atuação como legislativa (no sentido estrito adotado nesta pesquisa),

⁵¹ Cf. Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, cit., nota 43, p. 318.

⁵² *Ibidem*, pp. 317 y 318.

⁵³ *Ibidem*, p. 318.

mas apenas como estruturante, porque preocupada com a composição adequada e satisfatória do ordenamento jurídico.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Luis Nunes de, “El tribunal constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, n. 60-61, pp. 859-889, abr.-set. 1988.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, 1995, ver colóquio no. 10 Aniversário do Tribunal Constitucional.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do directo”, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 16, n. 1/2, pp. 215-229, dez. 1987.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del derecho: I. Principios del ordenamiento Constitucional*, “Prólogo”, Juan J. Ruiz-Rico, [1. ed.]. Madrid, Tecnos, 1991.
- BLASCO SOTO, María del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.
- CALAMANDREI, Piero y LEVI, Alessandro (coords.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, G. Barbera, 1950. v. II. 527 p. Bibliografia: pp. 431-464 (Michele Petrucci).
- CAPPELLETTI, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1971.
- , *Juízes legisladores?*, tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de: Giudici legislatori, (Estudo dedicado à memória de Tullio Ascarelli e Alessandro Pikelis).
- Colóquio no. 10o. Aniversário do Tribunal Constitucional, 1993, Lisboa, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995. Bibliografia: 75-84.
- COOLEY, Thomas M., *General Principles of Constitutional Law: in the United States of America*, 2a. ed., Boston, Little, Brown and Company, 1891; reimpr. 1998 by Weisman Publications.

- CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale: L'ordinamento costituzionale italiano: La corte costituzionale*, 5a. ed. rev. e atual, Padova, Cedam, 1984, v. II. t. 2.
- DELFINO, Felice, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi: natura ed effetti*, Napoli, Eugenio Jovene, 1970 (Publicazioni della facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, CXX).
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional*. 28a. ed atual, São Paulo, Saraiva, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid-México, Civitas-UNAM, 1982 (Estudios Comparativos, n. 21).
- , *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, reimpressão de 1994.
- GUASTINI, Riccardo, *Le Fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993 (*Trattato di Diritto Privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti).
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *The Federalist: The Famous Papers on the Principles of American Government*, Nueva York, Barnes & Noble, 1996. Original: 1788.
- KELSEN, Hans, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, abr.-maio-jun. 1928. Extrato.
- , *Jurisdição constitucional*, tradução: Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2003 (Coleção Justiça e Direito). Tradução de: *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution* [debate no Instituto Internacional de Direito Público], 1928b; *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Australian and American Constitution*, 1942.
- PÉREZ GORDO, Alfonso, *El tribunal constitucional y sus funciones* [1. ed.]. Barcelona, Bosch, 1983.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997.

- PETRUCCI, Michele, *La corte costituzionale*. 1950. Ver CALAMANDREI, Piero y LEVI, Alessandro (coords.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, G. Barbera, 1950. v. II. 527 p. Bibliografia: pp. 431-464 (Michele Petrucci).
- RAMOS TAVARES, André, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo, IBDC, 1998.
- , *Tratado da argüição de preceito fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- , *Teoria da justiça constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- REALE, Miguel, *Questões de direito*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., tradução: Manuel Sánchez Sarto, “Prólogo” de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998. Tradução de Der Hüter der Verfassung, 1931 (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política).
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *A democracia na América*, 3a. ed., tradução: Neil Ribeiro da Silva, Posfácio: Antonio Paim, Belo Horizonte, Itatiaia; São Paulo, ed. da Universidade de São Paulo, 1987 (Biblioteca de Cultura Humanista, 4). tradução de: *De la démocratie en Amérique*, 1835: livro I; 1940: livro II.
- TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*. 3a. ed., Nueva York, The Foundation, 2000, v. I.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale* [S. 1.], Il Mulino, 1988; 1a. ed.: 1977.

UNA RELECTURA DEL *DR. BONHAM' CASE*
Y DE LA APORTACIÓN DE SIR EDWARD COKE
A LA CREACIÓN DE LA *JUDICIAL REVIEW**

Fernando REY MARTÍNEZ**

SUMARIO: I. *Introducción: el Dr. Bonham's case, un asunto de impacto constitucional, pero, en sí mismo, ¿un caso de interpretación constitucional o de mera legalidad?* II. *El contexto de la sentencia. La doctrina Jenkins.* III. *El caso del doctor Bonham y la interpretación del Chief Justice Coke.* IV. *Valoración de la sentencia en su relación con la judicial review de las leyes.*

I. INTRODUCCIÓN: EL *DR. BONHAM' S CASE*, UN ASUNTO DE IMPACTO CONSTITUCIONAL, PERO, EN SÍ MISMO, ¿UN CASO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL O DE MERA LEGALIDAD?

En la literatura española se concede validez indiscutible a la tesis (formulada entre nosotros fundamentalmente por el profesor Eduardo García de

* El presente trabajo fue realizado en la *School of Law* de la Universidad de Fordham, Nueva York, durante el mes de noviembre de 2006. Deseo agradecer la ayuda prestada por mi Universidad (Valladolid) y la generosa acogida de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham, especialmente de su directora de relaciones internacionales, Ms. Toni Fine. En ese mismo *stage*, y en algunos deliciosos locales del Village, intercambié algunos puntos de vista sobre este tema con la profesora Marian Ahumada Ruiz, a la que agradezco sus valiosos comentarios. También el profesor José Miguel Vidal leyó el borrador y me hizo llegar inteligentes observaciones. Naturalmente, lo que pueda tener de insuficiente este texto es de exclusiva responsabilidad mía. De igual modo, me place sumarme con este estudio al homenaje del profesor Fix-Zamudio, maestro de varias generaciones de constitucionalistas de habla española.

** Profesor de Derecho constitucional, Universidad de Valladolid.

Enterría),¹ que ve en la obra judicial del juez inglés Sir Edward Coke (1552-1634²), sobre todo en su decisión de 1610 *The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham* (conocido como el *Bonham's case*), uno de los más claros antecedentes de la creación posterior de la técnica de la *judicial review* por los jueces y tribunales norteamericanos, así como del canon judicial de la “razonabilidad”. Se trata, sin duda, de una observación doctrinal fundada en los hechos históricos, ya que está suficientemente demostrado que el juez Coke influyó de diversos modos³ y en varios momentos en el largo periodo de creación del constitucionalismo norteamericano como diferenciado del inglés,⁴ aunque también es cierto que, curiosamente, es la literatura española, más que la norteamericana o la inglesa⁵ en general, la que concede mayor valor como precedente a la obra judicial de Coke. Ejemplo de esta última afirmación es el *Dissent* del Justice Souter a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal *Seminole Tribe v. Florida* (1.996), concretamente en su nota de pie de página número 56 Souter observa que el *dictum* de Coke en el caso Bonham, que “parece haber intentado establecer un *common law* (como derecho) superior”, no llegó a “enraizar nunca en Inglaterra”, donde la superioridad de

¹ García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, especialmente pp. 46 y ss. Es perceptible en este punto la influencia del trabajo de E. Corwin (“The «Higher Law» Background of American Constitutional Law”, *Corwin on the Constitution*, Londres, Cornell, Uni. Press., 1981, p. 109) en las palabras de Coke “hemos encontrado no simplemente el poder con el que los tribunales americanos ejercitan hoy el control de constitucionalidad de las leyes... sino también el verdadero test de «razonabilidad» que es el último florecimiento de este poder”.

² No sólo la obra, sino la misma biografía de Edward Coke resulta fascinante, en sí misma y por el momento histórico que le tocó vivir. La literatura sobre el particular es ingente. Un resumen puede encontrarse en Andrés, Francisco J., “Edward Coke”, en Domingo, R. (ed.), *Juristas universales*, M. P., 2004, vol. 2, pp. 292-298.

³ Su obra *The Institutes of the Laws of England, 1628-1644*, que sintetiza el *common law* como no se había hecho desde los tiempos de Bracton, fue también ampliamente difundida en el periodo colonial norteamericano.

⁴ Por todos, véase Bailyn, Bernard B., *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, 1967, p. 177.

⁵ Una afirmación muy extendida en los libros de historia del derecho ingleses es la de que el caso Bonham es más un “*overstatement*”, una exageración, que una doctrina ortodoxa (por todos, véase Baker, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4a. ed., Butterworths, Bath, 2002, p. 210, que, además, cita a uno de los “enemigos” de Coke, a Ellesmere: “Las leyes del Parlamento deben ser corregidas por la misma pluma que las trazó y no por la opinión de unos pocos jueces”).

las leyes es el principio aceptado por los tribunales,⁶ y en Norteamérica, donde “fue más influyente” (que en Inglaterra), esa influencia sirvió para dar cobertura a “la temprana fundación de la idea de que los tribunales podrían invalidar la legislación que contradijeran las Constituciones escritas”, pero, desde luego, no el *common law*. En la tradición norteamericana nunca se ha aceptado la idea de que una ley pudiera ser invalidada por ser contraria a los principios del *common law*, de “justicia natural”, etcétera. De modo que la influencia de Coke en suelo americano, en cualquier caso, no se basa, en realidad, en lo que se sostenía en *Bonham*, sino en otra cosa bien distinta.

En el presente texto no insistiré en la idea de la influencia posterior del *dictum* de Coke en *Bonham*, suficientemente asentada en sede doctrinal,⁷ sino que intentaré mostrar, con la inestimable ayuda de un reciente estudio de Harold J. Cook,⁸ cómo el *Bonham's case* puede ser interpreta-

⁶ Superioridad también sobre el *common law*. Tanto en la tradición británica como en las colonias inglesas en suelo americano, la ley es superior al *common law*, al que podía modificar libremente. Es verdad, observa Souter, que las *Charters* coloniales solían indicar que la legislación de las Colonias sería inválida si contradecía al *common law* inglés, pero este principio “era simplemente indicativo de la sujeción legal de las colonias a la madre patria y, en cualquier caso, rara vez fue aplicado”. De modo que en ese periodo no habría apoyo histórico a la tesis del *common law* como “fundamental” o superior a las leyes.

⁷ Aunque, como digo, sin demasiado entusiasmo en Estados Unidos. Por ejemplo, por referirme tan sólo a dos manuales de amplia difusión, Laurence H. Tribe (*American Constitutional Law*, 3a. ed., Foundation Press, 2000, vol. I) ni lo cita y John E. Nowak y Ronald D. Rotunda (*Constitutional Law*, 7a. ed., Thomson & West, 2004, p. 11), aunque afirman que “la audaz afirmación de Coke ha resonado a través de las generaciones”, y lo citan (siquiera brevemente) como una de las fuentes históricas de creación de la *judicial review*, también sostienen que “el lenguaje de Coke admite diversas interpretaciones”. Un trabajo reciente, de Mary Sarah Bilder (“The Corporate Origins of Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 116, 2006, p. 508), citando otros estudios, concluye que “existe escasa prueba que apoye la idea de que el *Dr. Bonham's case* ha sido importante para la *judicial review* americana”. Esta autora propone una idea novedosa: el origen de la *judicial review* residiría en el derecho corporativo. La *judicial review* sería la continuación (desde la época colonial) de la práctica asentada en Inglaterra de limitación de las ordenanzas de las *corporates*, requiriendo que no fueran *repugnant*, esto es, contrarias a las “leyes del reino”. La historia de esta *repugnancy practice* explicaría por qué los *Framers* presumieran que los jueces deberían considerar inválida la legislación contraria a la Constitución (que ahora vendría a sustituir a las “leyes del reino”).

⁸ “Against Common Right and Reason: the College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham”, *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke* (edited by Allen D. Boyer), Indianapolis, 2004, pp. 127 y ss.

do desde otra clave distinta a la mayoritaria, de modo que, admitido que influyó en el proceso norteamericano de gestación del control de constitucionalidad de las leyes, podría considerarse, a la vez, que esto no tuvo necesariamente que ser así. En otras palabras, del *Bonham's case* no se deriva por fuerza la idea de que Coke creyera en la existencia de una norma superior (que más tarde y en otro lugar se identificaría como “constitucional”) a partir de la cual sería posible (e incluso necesario) juzgar la validez de las leyes.

H. J. Cook resume el debate historiográfico sobre el significado de la opinión de Coke en *Bonham* del siguiente modo.⁹ Como es sabido, en su sentencia, el juez Coke, a la sazón *Chief Justice* del Tribunal del *Common Pleas*, sostuvo que el Colegio de Médicos de Londres, a pesar de que una Ley le autorizaba a ello, no podía imponer sanciones a los médicos a los que no otorgaba la licencia para practicar su arte porque, en ese caso, estaría actuando al mismo tiempo como juez y parte (ya que los censores del Colegio recibían la mitad de la multa impuesta). Y, por consiguiente, los *Parliamentary Acts* que confirmaban esta autoridad (concedida inicialmente por el Rey al Colegio de Médicos) serían *void*, inválidos. El *dictum* con el que Coke expone este argumento, que podríamos denominar “constitucional”, es todo un clásico: “The censors cannot be judges, ministers and parties. And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed”.¹⁰

Pues bien, una corriente doctrinal, guiada por el artículo de referencia de Theodore F. T. Plucknett en la *Harvard Law Review* de 1926,¹¹ ha tendido a interpretar que las palabras transcritas de Coke indicaban que él creía que los tribunales de *common law* podían llevar a cabo un control de constitucionalidad de las leyes. Pero otros autores, empezando desde 1938 por S. E. Thorne,¹² han argumentado que la opinión de Coke no

⁹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁰ Mi traducción es: “Los censores no pueden ser jueces, ministros y partes al mismo tiempo... Y aparece en nuestros textos que, en muchos casos, el *common law* controlará las leyes y a veces las juzgará completamente inválidas: cuando vayan contra el *common law* y la razón, o sean absurdas o contradictorias, o imposible de ser ejecutadas”.

¹¹ “Bonham's case and Judicial Review”, *Harvard Law Review*, 40, 1926, pp. 30-70.

¹² “Dr. Bonham's Case”, *Law Quarterly Review*, 54, 1938, pp. 543-552.

pretendía tener relevancia constitucional, sino que se fundaba, más bien, en la lectura que hizo de los preceptos legales; Coke “simplemente” habría declarado que una ley que al mismo tiempo establecía una cosa y la opuesta era una ley contradictoria: “*repugnant*” (concepto, por cierto, clave en su interpretación, más que el de la superioridad del *common law* sobre las leyes, como luego tendremos ocasión de comprobar). El trabajo de Cook se enmarca, claramente, en la tesis de Thorne, aunque con algunas diferencias sustanciales, de las que trataré en su momento. Incluso algún autor, como Charles Gray,¹³ ha mantenido una posición aparentemente ecléctica: en efecto, comparando los informes manuscritos del caso, que contienen las exposiciones orales, y la versión impresa, sugiere que Coke hizo una interpretación estrictamente legal en su exposición oral, pero más tarde añadió el argumento constitucional en el texto escrito.¹⁴

Para situar correctamente la cuestión, es necesario explorar el contexto histórico y el propio contenido de la Sentencia *Bonham*. Un buen punto de partida es la constatación de que la norma enjuiciada en el asunto no era un *statute* (una ley parlamentaria), sino la concesión por parte del monarca (a través de una *royal charter*) al Colegio de Médicos de Londres de un abanico amplio de poderes regulatorios y sancionadores, si bien es cierto que tal concesión fue más tarde confirmada por un *statute*. En cualquier caso, la interpretación del *Chief Justice* Coke se dirige fundamentalmente contra un acto del rey más que del Parlamento. Esto no es sorprendente, dada la conocida posición crítica que Coke sostuvo, tanto desde los tribunales¹⁵ como desde el mismo Parlamento, contra las pretensiones absolutistas de Jacobo I. En *Bonham*, Coke reprueba la concesión regia de una suerte de monopolio a favor del Colegio de Médicos, como en otros momentos también se opuso a diversos monopolios de este tipo. En otras palabras, es el rey y no el Parlamento quien está en el

¹³ “Bonham’s case Reviewed”, *Proc. Am. Phil. Soc.*, 116, 1972, pp. 35-58.

¹⁴ Del caso *Bonham* hay, en efecto, dos informes, uno del propio Coke y otro de Brownlow, que actuó en él como protonotario.

¹⁵ Aunque, por supuesto, no siempre falló Coke en contra de los intereses del monarca (así, por ejemplo, en el *Prince’s case*, de 1606, Coke permitió a Jacobo I recuperar numerosas propiedades inmobiliarias que habían sido vendidas por poco dinero durante los últimos años del reinado de Isabel I), ni fue el único juez que enfureció a Jacobo I o que fue suspendido por él (véase Boyer, Allen D., “Introduction”, *Law, Liberty and Parliament...*, *cit.*, nota 8, p. IX).

punto de mira de Coke. Por eso, el argumento del control judicial de las leyes es, incluso de admitirse que se deriva necesariamente del *Bonham's case*, secundario o marginal del asunto (aunque haya sido, obviamente, el más impactante y duradero). Esta idea se confirma, en efecto, con la lectura de la Sentencia.

II. EL CONTEXTO DE LA SENTENCIA. LA DOCTRINA JENKINS

El Colegio de Médicos fue una institución única en la Inglaterra del siglo XVI,¹⁶ creada por el *Lord Canciller* Card Wolsey en 1518 (bajo el reinado de Enrique VIII), para la formación de médicos del nuevo tipo “humanista” italiano. Había pocos médicos en Inglaterra en esa época y bastantes se formaban fuera del país; todavía en el periodo del caso *Bonham*, casi un siglo después, sólo había concedidas 24 licencias de *Fellows* (socios) del Colegio de Médicos. Las condiciones de ingreso en el Colegio eran tres: 1) ser británico; inicialmente se requería ser inglés, pero se amplió más tarde a los británicos para permitir el acceso de un médico escocés del rey James I, John Craig; 2) tener estudios universitarios de medicina (M.D.); 3) y, sobre todo, superar un examen en latín de teoría médica ante un Comité de Censores del Colegio (de ahí la expresión “*censors*” que utiliza Coke en su famoso párrafo). Si el número legal de *Fellows* estaba completo, el solicitante debía esperar, en la condición de *candidate*, a que quedara vacante la primera plaza (normalmente, se iban adjudicando por antigüedad).

El *Charter* fundacional, más tarde confirmado por un *Act of Parliament* (en 1540), concedía amplios poderes al Colegio. Por supuesto, éste podía admitir o no libremente nuevos socios, pero, además, el Colegio era quien podía otorgar las licencias a los médicos sin formación académica, pero con experiencia práctica, así como sancionar el ejercicio de la medicina sin licencia y/o la mala praxis. Una ley del Parlamento bajo el reinado de María Tudor amplió aún más su poder sancionador, concediendo al Colegio la posibilidad de encarcelar a los infractores y de mantenerlos en prisión durante el tiempo que considerase oportuno.

¹⁶ Véase Cook, Harold J., *op. cit.*, nota 8, pp. 129 y ss. De la magnífica exposición de este autor se toman, básicamente, los datos históricos del caso, aunque también se tiene en cuenta la descripción que hace Plucknett en su trabajo clásico (*op. cit.*, nota 11, pp. 152 y ss.), así como Thorne (*op. cit.*, nota 12, pp. 543 y ss.) en su estudio no menos clásico.

Estos extraordinarios poderes, incluido el judicial, que los monarcas concedieron al Colegio de Médicos de Londres, supusieron, en su momento, una novedad en el ordenamiento inglés, muy discutida, además. Como subraya Harold J. Cook,¹⁷ la asunción ordinaria del *common law* hasta ese momento era que para la práctica de la medicina sólo se requería una cosa: el consentimiento del paciente. Y, por otro lado, la facultad de otorgar licencias del Colegio se solapaba con esa misma facultad implícita en el poder de conceder títulos para ejercer la medicina por parte de las universidades. Así que la introducción de la institución del Colegio de Médicos, a imitación de los que existían en algunas repúblicas italianas, fue considerada en gran medida como una institución extraña (además, el Colegio de Médicos de Londres no estaba asociado, a diferencia de los italianos, a ninguna universidad o municipalidad).

El caso es que el Colegio sí ejerció normalmente los generosos poderes que le habían concedido los monarcas. De hecho, para comprender el caso *Bonham*, hay que referirse a un asunto anterior, el caso *Jenkins* (1602). Durante la década de los noventa del siglo XVI, el Colegio persiguió a un buen número de médicos y cirujanos. Uno de ellos fue el cirujano Roger Jenkins, quien había rehusado obedecer la autoridad judicial del Colegio. En 1596 fue hallado culpable de práctica sin licencia y condenado a pagar una multa y a cesar su actividad. Jenkins se negó a acatar la decisión y terminó en prisión. Estando en ella, solicitó un *habeas corpus* al *Chief Justice* del Tribunal del *Common Pleas*, Popham, que le concedió la libertad provisional hasta que el asunto fuera resuelto, lo que finalmente sucedió el 8 de abril de 1602. El juez Popham falló en un sentido absolutamente favorable a los intereses del Colegio de Médicos: ningún médico ni cirujano puede practicar la medicina para ninguna enfermedad sin licencia del Colegio; el Colegio tiene suficiente autoridad para decretar la prisión de los infractores; en el caso concreto, el castigo del Colegio había sido equitativo y razonable; los tribunales no pueden decidir sobre la libertad de los infractores, sino sobre la decisión del Colegio de Médicos.¹⁸

Así pues, pocos años antes del caso *Bonham*, había sido confirmada judicialmente en la “doctrina Jenkins” la amplia autoridad regulatoria y

¹⁷ Cook, Harold J., *op. cit.*, nota 8, p. 130.

¹⁸ Jenkins pagó la multa, pero volvió a practicar la medicina y a tener problemas con el Colegio (véase Cook, *op. cit.*, nota 8, p. 132).

sancionadora del Colegio de Médicos de Londres del modo más claro y contundente posible. Pero la situación cambiará cuando entraran en escena el doctor Bonham y el juez Coke.

III. EL CASO DEL DOCTOR BONHAM Y LA INTERPRETACIÓN DEL *CHIEF JUSTICE COKE*

En 1605, el doctor Thomas Bonham, que había estudiado medicina en Cambridge, y que ya tenía casi cuarenta años de edad, dirigió al Parlamento la petición de obtener el derecho “a administrar remedios” médicos. El trámite fue impedido por el Colegio de Médicos, así que Bonham intentó otra estrategia: obtener la licencia del Colegio. El 6 de diciembre de 1605 se presentó, pues, al preceptivo examen, pero no lo aprobó y fue invitado a presentarse a la siguiente convocatoria. Así lo hizo, pero sus respuestas fueron consideradas “no pertinentes”. Además, dado que había venido ejerciendo la medicina sin la licencia del Colegio, le fue impuesta una multa de 5 libras, con el apercibimiento de prisión si no pagaba. Pese a todo, no lo hizo. En octubre de 1606 fue arrestado y condenado a 10 libras. Un mes más tarde, el 7 de noviembre de 1606, Bonham aparece ante el *Comitia Censorum* del Colegio, pero con abogado. El presidente del Colegio, Henry Atkins, recordó el historial de desobediencia de Bonham y le preguntó si había vuelto para cumplir sus obligaciones o para examinarse de nuevo. Bonham le contestó que él, en efecto, había venido practicando la medicina sin la licencia del Colegio y que pensaba seguir haciéndolo ya que, en su opinión, éste no tenía poder sobre los graduados universitarios como él. El desenlace de este tenso diálogo era previsible: Bonham acabó en la prisión de Newgate por desacato.

En menos de una semana, el abogado de Bonham había obtenido un *habeas corpus* del Tribunal del *Common Pleas*, presidido ahora por el *Chief Justice* Edward Coke. Este hecho preocupó al Colegio porque, según hemos visto, la doctrina Jenkins había claramente establecido que los tribunales no deberían poder pronunciarse sobre la libertad de los detenidos infractores sino, a lo sumo, sobre lo que en su caso decidiera el Colegio de Médicos. Desde la óptica del Colegio, si a los tribunales les diera por conceder *habeas corpus* a todos los infractores, la autoridad del Colegio vendría claramente a menos. Hay que tener en cuenta otro he-

cho: la asistencia letrada de Bonham y su trayectoria de colaboración con la *Barber-Surgeon's Company* parece sugerir que esta asociación de cirujanos le apoyaba. El caso presentaba, pues, perfiles de “acción colectiva” e innegable trascendencia política. Es significativo, en este sentido, que el Colegio de Médicos organizara inmediatamente una reunión con un “Comité Selecto de Jueces” (entre ellos, Popham, que había resuelto el asunto Jenkins, algunos magistrados del Tribunal del *King's Bench* e incluso del Tribunal que presidía Coke en ese momento, el *Common Pleas*) en el domicilio del *Lord Chancellor* Ellesmere. Coke, por supuesto, no fue invitado. En esta reunión se traza la estrategia procesal a seguir por el Colegio de Médicos y todos ratifican la doctrina Jenkins. El Colegio demanda, pues, a Bonham en 1608 ante el Tribunal del *King's Bench*¹⁹ por doce meses de práctica ilícita de la medicina y solicita para él una multa de 60 libras, una suma considerable. Además, la acusación no fue sostenida por el abogado del Colegio, sino por el mismísimo *Attorney General* Hobart. Es preciso observar que en ese momento, seguramente confiando en las enormes posibilidades de victoria procesal tras el antecedente Jenkins, confirmado en la citada reunión con los jueces, y para despejar de una vez por todas las dudas, el Colegio de Médicos decide dejar de actuar en solitario como tribunal y llevar el asunto a los tribunales del *common law*.

¹⁹ Sobre lo que W. J. Jones (“The Crown and the Courts in England, 1603-1625”, *Law, Liberty..., cit.*, nota 8, p. 287) ha llamado el “puzle judicial” de la Inglaterra del siglo XVII se impone intentar hacer algunas aclaraciones básicas. Los tres tribunales centrales del *common law* eran el *King's Bench*, que tenía jurisdicción criminal y civil, pero limitada ésta a los asuntos en los que la Corona era parte o tenía un interés directo; el *Common Pleas* o *Common Bench*, cuya jurisdicción era la civil y el *Exchequer*, que enjuiciaba la materia fiscal. Véase Baker, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4a. ed., Butterworths, Bath, 2002, pp. 19 y ss; Hart Jr., James S., *The Rule of Law. 1603-1660. Crown, Courts and Judges*, Londres, Pearson, 2003, p. 22. A finales del siglo XIII se diferencian los tribunales del *King's Bench* y del *Common Pleas*. Antes de la Carta Magna (1215) los jueces itinerantes representaban el sistema ordinario de la justicia del rey; la justicia se administraba *coram rege*, ante el rey, allí donde estuviera. Pero la cláusula decimoséptima de la Carta Magna concede que “las peticiones de los ciudadanos no deben seguir al rey, sino que deben ser resueltas en un determinado lugar”; desde ahí empieza a distinguirse la justicia administrada ante el rey (el *King's Bench*, aunque a partir del siglo XIV la presencia del rey en el Tribunal comenzó a ser excepcional y se estableció la sede entre 1305 y 1318 en Westminster Hall) y la justicia de los comunes, que no requería seguir al rey.

Bonham se defiende planteando el caso ante el Tribunal del *Common Pleas*, presidido por Coke.²⁰ Concretamente, reclama 100 libras al Colegio de Médicos por los daños derivados de un *false imprisonment*.²¹ Los argumentos del Colegio de Médicos ante este Tribunal subrayaban que la Ley de 1540 tenía como objetivo que sólo practicasen la medicina los más formados y experimentados. El rey había sentido la necesidad de tomar en serio la salud del pueblo de Londres, ya que es “el corazón del reino”. De acuerdo con la Ley, el Colegio podría castigar por “hacer y usar” medicina sin licencia otorgada por el Colegio (práctica ilícita) o por hacer mala medicina (*malpraxis*). La Ley concedía también indudablemente al Colegio autoridad para encarcelar a los infractores. Era clara y explícita en este punto.

Por su parte, la alegación de Bonham remitía a la intención de la Ley. Su finalidad era prevenir las prácticas incorrectas de la medicina y que *empirics and impostors* pudieran ejercerla. Pero el doctor Bonham, formado por la Universidad de Cambridge, era uno de los médicos formados que la ley protegía. Al poseer un título universitario, estaría exento de la jurisdicción del Colegio de Médicos. Estos argumentos eran básicamente los mismos que planteó el abogado de Bonham ante los Censores del Colegio. La línea defensiva era también clara. Apunta en la dirección de la resistencia que un sector de la profesión médica opuso a la relativamente nueva figura del Colegio de Médicos como un monopolio de reciente creación otorgado por el rey.

Paralelamente, el caso fue decidido por el Tribunal del *King' Bench* el 3 de febrero de 1609: Bonham fue hallado culpable de práctica ilícita de la medicina y condenado a pagar una multa de 60 libras. Bonham, probablemente incapaz de pagar esa suma, fue encarcelado.

²⁰ Es decir, el asunto tenía una dimensión *penal*, que se estaba sustanciando por el *King's Bench*, y otra de naturaleza *civil* que enfrentaba a Bonham con el Colegio de Médicos.

²¹ Se trata de una acción de reclamación de daños entre particulares (a pesar de las funciones “públicas” concedidas por el Rey al Colegio de Médicos, éste era una asociación privada) y por eso mismo el Tribunal competente para conocer del litigio era el *Common Pleas*. La *action of false imprisonment* es un capítulo tradicional, incluso ahora, del Derecho de daños norteamericano, dentro de los “*intentional torts against the person*”. Se define como la inflicción intencionada a una persona de un *confinement*, esto es, su confinamiento dentro de un espacio físico determinado (véase Prosser, W. L. *et al.*, *Torts. Cases and Materials*, 8a. ed., Fund. Press, 1988, pp. 37-50).

El arzobispo de Canterbury, Bancroft, intercedió por Bonham mediante una carta dirigida al Colegio de Médicos, alegando, fundamentalmente, la desproporción que suponía enviar a prisión a un hombre formado en Cambridge y con larga experiencia profesional. Una delegación del Colegio fue enviada para hablar con el arzobispo; el Colegio insistía en que el procedimiento seguido contra Bonham había sido legal y que, en definitiva, seguía en prisión a consecuencia de su propia obstinación, porque en el momento en que renunciara a su proceso ante el Tribunal del *Common Pleas*, sería puesto en libertad. Toda esta peripecia nos permite constatar de nuevo la dimensión política del asunto y, por ello, en gran medida, su excepcionalidad.

Pero Bonham no desistió. Y, además, la fortuna, por fin, le sonrió. Un año después de su encarcelamiento, el caso fue decidido a su favor por el Tribunal del *Common Pleas*. Una apretada mayoría, de tres magistrados contra dos, le concedió la libertad. El Colegio de Médicos fue condenado a pagar 40 libras. En favor de Bonham fallaron el *Chief Justice Coke*, el *Justice Daniel*, que tampoco había sido invitado a la reunión en el domicilio del canciller, y el *Justice Warburton*, que sí había estado en esa reunión, pero a quien se le antojaba excesivo que Bonham estuviera en prisión. El voto de Warburton fue, pues, el decisivo. Si él no hubiera encontrado desproporcionada la prisión de Bonham, no habría habido caso Bonham para la posteridad, ya que Warburton se encontraba entre los jueces que, en principio, no cuestionaban la autoridad del Colegio de Médicos otorgada por el rey y confirmada por el Parlamento.

En su voto discrepante, el *Justice Walmesley* argumentó que, dado que el tenor literal de la ley estaba en negativo (“ninguna persona podrá ejercer...”), sólo había un veredicto posible: nadie puede oponerse a la autoridad de conceder licencias del Colegio.²² El rey había delegado su responsabilidad de velar por la salud de sus súbditos al Colegio de Médicos, concediéndole los poderes necesarios para ello. Además, Bonham “había dado una respuesta absurda y desdeñosa al Colegio de Médicos”. El remedio más eficaz para controlar un asunto tan grave como es el de velar por la salud de las personas es el de otorgar una potestad de control al Colegio de Médicos, ya que cualquiera podría haber obtenido un título universitario sin méritos suficientes.

²² Sólo había una excepción, que más bien confirmaba la regla: a los graduados de Oxford y Cambridge se les permitía ejercer fuera de Londres sin examen.

Coke leyó la ley de otro modo. Como con agudeza sostiene Cook,²³ inspirándose en la interpretación clásica de Thorne, nuestro juez fue más preciso en su interpretación de la Ley que nadie, y, a la vez, fue el más independiente de las presiones corporativas del Colegio de Médicos y el menos obsequioso con la prerrogativa regia de creación de monopolios. Su sentencia, que es larga y en parte está escrita en latín, es de una gran finura jurídica.²⁴ Comienza Coke su análisis afirmando, significativamente, que “la mejor interpretación de una ley es la misma ley”.

El *Chief Justice* Coke interpreta la autoridad concedida por el rey al Colegio de Médicos como dos poderes separados en dos cláusulas diferentes²⁵: la primera concierne a la *illicite practice*, la práctica ilícita, en virtud de la cual el Colegio podría multar a alguien por ejercer la medicina sin su licencia; la segunda se refiere a la *malpractice*, esto es, “*not well doing, using or practicing physic*”, y esta mala praxis podía ser castigada por el Colegio de Médicos con la cárcel.

Pues bien, Coke, a diferencia de la interpretación que habían sostenido tanto el *King's Bench* como el *Common Pleas* en la época de la presidencia de Popham (el de la doctrina Jenkins), no cree que la segunda cláusula pueda entrar en aplicación para sancionar el comportamiento descrito por la primera, sino que las ve como mandatos completamente diferentes. En pocas palabras, la cárcel exclusivamente podría sancionar la *malpractice*, pero no la *illicite practice*.²⁶ La práctica ilícita (ejercer la medicina sin licencia del Colegio) sólo podía autorizar la imposición de una multa por parte del Colegio; la práctica incorrecta o negligente de la medicina permitía privar de libertad a los infractores. Coke claramente sostiene que hay diferencias entre practicar la medicina sin licencia y practicarla de modo incorrecto,²⁷ lo que justificaba (e incluso reclamaba) la diversi-

²³ *Ibidem*, p. 141.

²⁴ Puede encontrarse en Sheppard, S. (ed.), *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, Indiana, Liberty Fund., 2003, vol. I, pp. 264-283.

²⁵ “Estas dos son cláusulas absoluta y perfectamente distintas. Y, como paralelas, la una no puede extenderse a la otra”.

²⁶ “The Censors have not power by the letters patent and the act to fine or imprison any for simple practicing physic in London, but only for ill, and not good use and practice of physic”.

²⁷ Entre otras, que, según la Ley, para que la primera cláusula se aplicara se requería el transcurso de un mes de ejercer la medicina sin licencia, pero para la segunda no había ninguna limitación temporal (de modo que si un médico incompetente ejercía su oficio mal una vez, podía ser sancionado inmediatamente por ello). Otra diferencia observada

dad del tipo de sanción según su gravedad, menor en el caso de la práctica *illicit* y mayor en el supuesto de *malpractice*. He aquí, pues, la clave de la interpretación del juez Coke en el *Bonham's case*.

Hay una lectura, inteligente y garantista de la libertad, por cierto, de los textos legales; es un razonamiento de mera legalidad. A Coke le bastaba este recorrido de su argumentación para fallar como lo hizo. Se trata, además, de una lectura de las disposiciones legales que podríamos considerar *moderna*: Coke distingue, sin llamarlo así, por supuesto, entre una infracción que calificaríamos actualmente de “administrativa” (la de ejercer la medicina sin licencia), que reclama una sanción estrictamente pecuniaria, de otra de naturaleza claramente “penal” (la práctica incorrecta de la medicina), por su mayor desvalor de acción, que lleva aparejada una sanción más grave, reservada sólo a las infracciones penales, la privación de libertad. Argumenta Coke que el daño que produce la práctica incompetente concierne al cuerpo del hombre y por tanto es razonable que el ofensor sea castigado en su propio cuerpo, es decir, encarcelado. Sin embargo, el que practica medicina en Londres de una manera correcta, aunque lo haga sin licencia, no causa ningún perjuicio al cuerpo de nadie y por ello tampoco a él se debe sancionar de tal modo.

En este sentido, Coke anticipa principios fundamentales posteriores del derecho sancionador en un Estado de derecho: el principio de legalidad penal, por ejemplo, o la consideración del derecho penal como la última *ratio* del Estado para imponerse y su consecuente ámbito mínimo de aplicación, o el principio de proporcionalidad de las penas. Coke es uno de los grandes exponentes del juez inglés garante de la libertad frente a las privaciones arbitrarias de libertad; un rasgo característico del constitucionalismo británico.

Así pues, según Coke, un médico que no reuniera el *status* de persona *grave and learned* (respetable y formado) para ser admitido como *Fellow* del Colegio de Médicos no por ello solo podría ser acusado de *malpractice* y ser encarcelado. Por tanto, Bonham podía ser multado por el Colegio de Médicos por “práctica ilícita”, pero el Colegio de Médicos no tenía el poder de encarcelarlo por ello (sólo podría hacerlo por mala praxis, lo que no era el caso). Esta interpretación reducía considerablemente el

por Coke: si las dos cláusulas no fueran diferentes, un médico sin licencia podría ser castigado con una multa, pero si además es incompetente también podría ser sancionado con multa y prisión, de forma que respondería con dos sanciones por el mismo hecho.

poder del Colegio de Médicos y consta que fue acogida con gran disgusto por el rey James I y el *Lord Chancellor* Ellesmere.

Tras la Sentencia, el doctor Bonham se fue a ejercer a Oxford y siguió colaborando con la *Barber-Surgeon's Company*.

IV. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA EN SU RELACIÓN CON LA *JUDICIAL REVIEW* DE LAS LEYES

En la lógica de la Sentencia Bonham, pues, el argumento “constitucional” es marginal o adicional, un autentico *obiter dictum*, pero, a la postre, es el que haría mas famoso al propio Coke y, desde luego, haría saltar a la posteridad a la Sentencia Bonham. En realidad, Coke aportó dos novedades en relación con las dos cláusulas distintas que otorgaban los poderes regulatorios y sancionadores al Colegio de Médicos.

Respecto de la primera cláusula (la de la práctica sin licencia), Coke va más allá y se pregunta sobre su validez. En este contexto expone su argumento de carácter “constitucional”: esa cláusula sería *repugnant* o contradictoria y absurda porque preveía que el Colegio de Médicos fuera a la vez juez y parte en un caso. El *Royal Charter* del Colegio, confirmado por el Parlamento, sería, por tanto, inválido. Insisto en que se trata de un *obiter dictum*, aunque evidentemente de gran calado, en un caso con fuertes implicaciones políticas y seguramente por ello Coke vería conveniente reforzar al máximo su argumentación para intentar cargarse de razón. Obsérvese también que, en contra de lo que suele rutinariamente repetirse en la doctrina, Coke no se opone tanto a la ley confirmatoria cuanto al *Royal Charter*, y, además, no lo hace porque considere que fuera contra el *common law* como si éste fuera una especie de “ley fundamental”, sino más específicamente porque la ley era *repugnant*, esto es, absurda o contradictoria. Nos encontramos, pues, ante un punto esencial y al mismo tiempo problemático de la Sentencia, el concepto de ley *repugnant*. M. S. Bilder observa cómo la palabra *repugnancy* tiene un uso contemporáneo “infrecuente” y, en este contexto, no significa “repulsivo”, sino “inconsistente o contradictorio” y con tal sentido “lo que llamamos hoy *judicial review* fue descrito rutinariamente en otro tiempo

en términos de *repugnancy*”.²⁸ El *Black's Law Dictionary*²⁹ lo define como “una inconsistencia, oposición o contradicción entre dos o más cláusulas del mismo contrato o ley”. *Repugnancy* significaría, pues, “contradictoria” y, en mi opinión, éste es, precisamente, el sentido con que utiliza la palabra Coke en el caso Bonham. El concepto de *repugnancy* como parámetro de control es, por así decir, inmanente a cualquier sistema normativo (que, por lógica, debe tender a reducir las eventuales contradicciones entre sus disposiciones) y no requiere la apelación a norma superior alguna (del tipo de una *lex fundamental*). La ley que permitiría al Colegio de Médicos sancionar la práctica de la medicina sin licencia a través de un procedimiento en el que actuaría al mismo tiempo como parte (acusadora y beneficiaria de la eventual sanción) y juez es *repugnant* porque iría contra el principio largamente asentado en el *common law* de que nadie puede ser a la vez juez y parte en ningún caso.

En otras palabras, la ley y el principio del *common law* tendrían, en principio, el mismo valor y, al no poder contradecirse, una de ellas sería inválida. Es cierto, sin embargo, que el principio de que *aliquis non debet esse iudex in propria causa* es tan potente que, en alguna medida, en el razonamiento de Coke tiende a convertirse en una especie de principio “fundamental”, de la familia de los conceptos de ley natural, ley fundamental, razón, etcétera, y, por ello, la equivalencia pura en el caso entre la ley y el *common law* no se da.³⁰ Pero también es cierto que la utilización del concepto de *repugnancy* tiende a rebajar la idea del superior valor normativo del *common law* frente a la ley. Y por esa razón no me parece casual que sea justamente Plucknett³¹ quien manifieste su reserva hacia la idea de *repugnancy*, cuyo significado, a su juicio, “no está claro”, aunque señala que “Coke lo utiliza en el sentido de «contrario al

²⁸ *Op. cit.*, nota 7, p. 504.

²⁹ Sexta edición, 1991, p. 1303. En el mismo sentido, el *Jowitt's Dictionary of English Law* (Londres, Sweet & Maxwell, 1977, vol. 2, p. 1554) define *repugnant* como “contrario o inconsistente con...”.

³⁰ Si bien, Thorne (*op. cit.*, nota 12, p. 545) advierte sagazmente que estos conceptos, especialmente los de *natural law*, *higher law* o *fundamental law* no aparecen en los cuatro volúmenes de los *Institutes* de Coke. Y en todo caso, hay que recordar, como ya se ha indicado, que tampoco existe una equivalencia necesaria entre los principios asentados del *common law* y la Constitución como norma superior.

³¹ Plucknett, *op. cit.*, nota 11, p. 154, nota 17.

common law»”,³² mientras que, del otro lado, es Thorne el que ve con claridad que *repugnancy* significa “contradicción” y se produce cuando una ley prevé al mismo tiempo una cosa y su contraria.³³ Para Plucknett, la Sentencia Bonham plantea un problema de naturaleza constitucional; para Thorne, un problema de carácter legal. Por mi parte, entiendo que Bonham resuelve, fundamentalmente, un problema legal, pero la decisión ha tenido un evidente posterior impacto de orden constitucional.

En relación con la segunda cláusula (prisión por *malpractice*), Coke consideró legítimo que el Colegio de Médicos pudiera multar y encarcelar a alguien por mala praxis, pero también en este punto introdujo una opinión novedosa, declarando que los jueces podían revisar la decisión del Comité de Censores del Colegio de Médicos en relación con esta cuestión. Con ello, el Colegio también perdía su condición de árbitro exclusivo de la práctica médica.

La decisión de Coke en el caso Bonham fue coherente con otras decisiones suyas. Fue él quien subrayó la naturaleza especial de la actividad de los jueces del *common law* y mostró siempre su reticencia a que nadie, salvo ellos, adoptara decisiones de relevancia jurídica. Para Coke, el derecho es una *artificial reason* prestada por “el largo estudio, la observación y la experiencia y no por la razón natural de cada persona”. Ni siquiera el rey, en nombre del cual se administraba la justicia, disponía del entrenamiento profesional necesario para servir como juez.³⁴ Fue Coke también quien, poco después de Bonham, falló en contra de otro mono-

³² Ésta es una tesis discutible. El sentido de *repugnancy* es y ha sido clarísimo, aunque, en gran medida, haya caído en desuso. Plucknett intenta defender al máximo la tesis de la influencia del *dictum* de Coke en el orbe anglosajón y por eso, creo, convierte el concepto de ley *repugnant* en ley no tanto contradictoria con otro principio anterior de igual valor del ordenamiento (en este caso del *common law*), sino en opositora de una suerte de principio de valor “proto-constitucional”, superior a la ley. Y ello a pesar de que, en su misma argumentación, Plucknett se ve obligado a recordar cómo el Tribunal Supremo Federal norteamericano empleó en el caso *United States v. Control*, de 1807, la expresión “*repugnancy*” como “auto-contradictorio”.

³³ Thorne, *op. cit.*, nota 12, p. 549.

³⁴ Como es sabido, Coke se opuso con estas mismas palabras en el caso Fuller (1607-1608) a que Jacobo I intentara resolver personalmente en 1608 un conflicto de competencia que había surgido entre la jurisdicción eclesiástica y la de *common law* (allegando que todos los jueces eran sus servidores). También en este punto Coke se aparta de la inercia de la tradición medieval. Véase Boyer, Allen D., “Introduction”, *Law, Liberty and Parliament...*, *cit.*, nota 8, p. IX.

polio regio³⁵ y, más tarde, entre los años 1621 y 1624, como *Chairman of the Committee for Grievances* de la Cámara de los Comunes, quien condujo un exhaustivo y crítico examen de las concesiones regias de monopolios.³⁶ Igualmente, Coke examinó la adecuación a las leyes del reino de diversas *corporate ordinances*, sosteniendo que “todas las que fueran contrarias o repugnantes a las leyes del reino serían nulas y no tendrían efecto”.³⁷ Cook concluye su análisis afirmando que Coke no encontró justificación para que un grupo de médicos trataran de obstaculizar, con el permiso del rey, la práctica del resto, particularmente de los que tenían formación universitaria.³⁸

Como se ha indicado, la tesis que podríamos denominar de la máxima influencia de Coke en el derecho norteamericano (¡e incluso en el inglés!) encuentra su obra de referencia en el trabajo de Theodore F. T. Plucknett.³⁹ Este autor sostuvo que Coke aportó “la idea de un *fundamental law* que limitaba a la Corona y al Parlamento”, aunque incluso él tuvo que reconocer que se trataba de un concepto de perfiles inciertos⁴⁰

³⁵ En efecto, en el asunto, decidido por Coke en 1614, *The Case of the Tailors of Habits and C. of Ipswich*, el *Common Pleas* falló que, aunque la corporación de sastres de Ipswich tenía concedida la autoridad por una *Charter* del rey de impedir que ningún otro sastre se instalara en la localidad sin su aprobación, el *common law* no permitía que se prohibiera comerciar libremente a una persona (y, por tanto, amparó al sastre que se había instalado sin autorización).

³⁶ Read Foster, Elisabeth, “The Procedure of the House of Commons against Patents and Monopolies, 1621-1624”, *Law, Liberty and Parliament...*, *cit.*, nota 8, p. 302. James I llamaba por entonces a Edward Coke el “*Captain Coke*”, “*the darling of the Parliament*”.

³⁷ Véase Bilder, M. S., *op. cit.*, nota 7, pp. 527 y ss., quien cita hasta seis casos en este sentido. En todos ellos, anteriores al asunto Bonham, el lenguaje que emplea Coke “es similar”; el poder regulador de las entidades creadas por *charters*, etc. no podía ser *repugnant* respecto de las leyes (y una cosa más: Coke se opuso en algunos de estos casos a que el poder regulador de las *corporates* comprendiera la potestad de encarcelar a nadie).

³⁸ En la Sentencia, Coke explicita que las Universidades de Oxford y de Cambridge tenían, a su juicio, más autoridad que el Colegio de Médicos, como “un padre respecto de sus hijos o un manantial está más alto que los pequeños ríos que de él descienden”.

³⁹ “Bonham’s case and Judicial Review”, *cit.*, nota 11, pp. 30-70. He consultado la reproducción de este artículo del año 1926 en el libro colectivo *Law, Liberty and Parliament...*, *cit.*, nota 8, pp. 150 y ss.

⁴⁰ *Law, Liberty and Parliament...*, *cit.*, nota 8, p. 151. A su juicio, “lo más cercano que encontramos para definir qué es ese *fundamental law* es el concepto de *reason*”. Impugna frontalmente esta tesis John Underwood Lewis (“*Sir Edward Coke (1552-1634): ‘His Theory of ‘Artificial Reason’ as a Context for Modern Basic Legal Theory*”, *Law, Liberty and Parliament...*, *cit.*, nota 8, p. 116), para quien “el concepto de «razón»

que apenas encontró eco en decisiones posteriores y que finalmente no prosperó en Inglaterra.⁴¹ Plucknett examina en su estudio los precedentes de la teoría de la *judicial review* de las leyes en los casos citados por Coke en Bonham y los asuntos posteriores, tanto en Inglaterra⁴² como en las colonias inglesas en América y en los primeros tiempos de la emergente nación norteamericana. El valor de estos precedentes es muy discutido en sede doctrinal,⁴³ pero la opinión general parece inclinarse por la tesis de su escasa relevancia.

También es discutible si el argumento “constitucional” de Coke en la Sentencia Bonham se trata de un simple *dictum* (así suele reseñarse) o, más bien, de un auténtico *holding*, es decir, de una parte esencial de la decisión. En este breve estudio he mostrado mi preferencia por la tesis de Thorne más que por la de Plucknett, y me ha resultado más convincente la idea del valor marginal, secundario o adjetivo de este argumento en la lógica de la Sentencia, pero hay que recordar que Thorne no es partidario de esta última idea.⁴⁴ En efecto, él sostiene que aunque el argumento constitucional “no parece tener relación con el resto de argumentos” de la Sentencia, sí lo tiene: iría dirigido a declarar que la prisión de Bonham fue ilegal. El doctor Bonham fue encarcelado por no pagar una multa;

en Coke no es claro... pero no es, como creen muchos, el equivalente medieval de la «ley fundamental», esto es, ley «más alta o natural»... los problemas a los que se enfrenta Coke son de otra naturaleza”.

⁴¹ Ya que triunfó la idea de que “la soberanía del Parlamento era más tolerable que una “ley fundamental” de la que la prerrogativa de los Estuardo tenía una fracción legítima” (*ibidem*, p. 171).

⁴² Plucknett se ve obligado a reconocer, no obstante, que la tesis de la *judicial review* de las leyes que él sí ve formulada por Coke “sufrió un eclipse” tras su caída en desgracia y que, en todo caso, “a partir de la mitad del siglo XVIII los tribunales (ingleses) afirman el principio de supremacía parlamentaria”. Explícitamente refuta a Coke (aunque a través de la afirmación tomada de Coke por un juez posterior, Hobart) el *Justice Pilles* en *Lee v. Bude & Torrington Junction Ry.*, en 1871: “Yo observaría a estas leyes del Parlamento como el derecho del país; y nosotros no nos sentamos aquí como un tribunal de apelación del Parlamento. Una vez fue dicho... que si una ley del Parlamento convirtiera a un hombre juez de su propia causa, el tribunal podría ignorarla. Este *dictum* es, sin embargo, un consejo, no una cita de autoridad para ser seguida. Nosotros nos sentamos como servidores de la Reina y del Parlamento... no tenemos autoridad para controlar lo que ha decidido el Parlamento con el consentimiento de la Reina. Lo que debemos hacer no es dictar leyes, sino administrarlas”.

⁴³ Por supuesto, Thorne no pierde ocasión de hacerlo (*op. cit.*, nota 12, pp. 550 y ss.).

⁴⁴ *Ibidem*, p. 547.

Coke enfocaría su artillería no sólo contra la prisión, sino también contra la posibilidad misma de imponer la multa. Ésa sería, en la opinión de Thorne, la lógica de la introducción del argumento que hemos venido llamando “constitucional”. Y, por eso, no se trataría de un *dictum*, de un argumento adicional, sino de un auténtico *holding*, es decir, de un elemento fundamental de la decisión. El razonamiento de Thorne no me convence del todo en este punto; más bien parece confirmar la idea contraria de que el argumento “constitucional” es un argumento a mayor abundancia, marginal, que se añade para intentar no dejar un hueco de legitimidad a la decisión del *imprisonment*, minando el fundamento no ya de la prisión, sino, indirectamente, el de la multa cuyo impago la ocasionó.

Resulta difícil, por tanto, valorar hasta qué punto el *dictum* “constitucional” de Coke puede considerarse como un genuino precedente del control judicial de las leyes. Más bien, parece haberse tenido en cuenta (y no demasiado, además) en el proceso de gestación del constitucionalismo norteamericano (en concreto, de la creación de la *judicial review*) totalmente fuera del contexto en el que fue afirmado y de la intención del *Chief Justice* Coke. La lectura “revolucionaria” en suelo americano del *Bonham's case* no coincide con su interpretación cabal. Estaríamos en presencia del típico caso de utilización ideológica *ex post facto* de los hechos históricos. Como afirma Thorne,⁴⁵ la sentencia *Bonham* más que inspirar doctrinas posteriores, ha sido interpretada después a la luz de tales doctrinas.

En definitiva, la obra judicial de Coke influyó en la emergencia histórica posterior de la *judicial review*, pero sacando de contexto el *Dr. Bonham's case*. Esto de ningún modo desmerece el valor del trabajo como juez de Sir Edward Coke. Quizás no resulte ocioso recordar que su lema era *Prudens qui patiens etenim durissima coquit*⁴⁶ y su blasón era un avestruz con una herradura en su pico (ya que en esa época se creía que el avestruz tenía una capacidad digestiva tan poderosa que podía digerir el hierro).⁴⁷ Pues bien, ciertamente la paciencia de Coke, su tenacidad y re-

⁴⁵ *Ibidem*, p. 545. “Las palabras de *Bonham* han sido leídas a la luz de teorías que Coke no contempló”.

⁴⁶ “Prudente es el que, con paciencia, consigue cocer incluso los materiales más duros”.

⁴⁷ Véase *Selected Writings...*, *op. cit.*, nota 24, p. 2.

sistencia frente a todo lo que consideró abuso del poder (lo que, sin duda, complicó sus digestiones más de una vez a lo largo de su vida), han convertido a nuestro buen juez en una fuente de inspiración permanente para los estudiosos de esa “razón artificial” que es el derecho y, en general, para todos los amantes de la libertad.⁴⁸

⁴⁸ De lo que no era precisamente amante Coke era de lo español. No sólo es famosa su oposición a que el príncipe Carlos contrajese matrimonio con una infanta española, sino también su frase en el proceso contra sir Walter Raleigh, en 1603: “*Thou hast an English face, but a Spanish heart!*” (“¡Vos tenéis un rostro inglés, pero un corazón español!”). No quiero ni imaginar qué tipo tan terrible de mixtura ha de ser ésa. Véase Andrés, F. J., *op. cit.*, nota 2, p. 294.

UN NÚMERO PARADIGMÁTICO DE LA *REVISTA*
DE LA FACULTAD DE DERECHO
EN MATERIA PROCESAL CONSTITUCIONAL

Alberto SAÍD*

Al doctor Héctor Fix-Zamudio, porque con sus palabras (voz y tinta) ha sembrado conocimientos, inquietudes y vocaciones —al menos— durante medio siglo en el mundo jurídico iberoamericano

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *Niceto Alcalá-Zamora*. III. *Piero Calamandrei*. IV. *Eduardo J. Couture*. V. *Héctor Fix-Zamudio*.

I. PRELIMINARES

Me atrevo a calificar de ejemplar o paradigmático al número 24, tomo VI, correspondiente a octubre-diciembre de 1956, de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*,¹ porque de circunstancias tristes, el fallecimiento de dos grandes procesalistas: Couture² y Calamandrei,³ se produjeron reseñas, se hicieron recuentos biográficos y bibliográficos, se elaboraron ensayos y se presentaron trabajos —hoy clásicos— de gran

* Profesor de materias procesales en la Universidad Panamericana.

¹ En su momento aludiré a ella como la *Revista* para abreviar.

² Nació en Montevideo el 24 de mayo de 1904 y falleció ahí mismo el 11 de mayo de 1956.

³ Nació en Florencia el 21 de abril de 1889 y falleció allí el 27 de septiembre de 1956.

importancia para el derecho procesal constitucional. Todos ellos al ser enriquecidos por la solera del transcurso del tiempo nos permiten abreviar conocimientos —con buena dosis de pasión— en materia procesal constitucional. Disciplina en la que, en el predicho ejemplar, podemos reconocer algunos de sus primeros, pero firmes, pasos en un andar que en nuestros días, por fortuna, se ha intensificado.

Por el cariz del trabajo que escribo, colocaré mucha información que por método en otro tipo de documentos debe presentarse en nota a pie de página. Pero no efectúo una reseña (la que por la naturaleza de lo variopinto de su contenido es casi imposible de hacer) del número antedicho, más bien hago un llamado para poner atención en él, y una propuesta de lectura y desde luego de su reedición, pues actualmente no se consigue para adquisición, ya no digamos por el público en general sino por el creciente número de estudiosos de la justicia constitucional. Vale la pena conocer los trabajos y las vidas de los pioneros de tal rama del saber adjetivo, por la maestría con la que cumplieron los autores con el fin de la edición multicitada. Además, allí encontraremos al lado de elementos históricos y de tradición, muchos otros de actualidad vivísima.

El índice del número de la Revista (en la parte que interesa pues dejo fuera el rubro de “Legislación”), a golpe de vista nos hace intuir la aventura intelectual que podemos recorrer, pues quién, de los que andan en estos menesteres, no siente curiosidad o placer anticipado por leer con un dejo de nostalgia natural lo que sigue:

- *Biografía y bibliografía*

- “Piero Calamandrei (datos biográficos)”, por el doctor Mario (recitius: Mauro) Cappelletti, traducción del licenciado Héctor Fix-Zamudio.
- “Eduardo J. Couture (datos biográficos)”, por los doctores Adolfo Gelsi Bidart y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.
- “Bibliografía de Piero Calamandrei”, por el doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y el licenciado Héctor Fix-Zamudio.
- “Bibliografía de Eduardo J. Couture”, por el doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

- *Trabajos recientes de Calamandrei y de Couture*

- “También los jueces son hombres”, por el doctor Piero Calamandrei, traducción del doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

- “Algunas proposiciones fundamentales del derecho procesal civil”, por el doctor Eduardo J. Couture.
- *Colaboraciones*
 - “Calamandrei y Couture”, por el doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.
 - “El artículo 461 del Proyecto Couture”, por el doctor Humberto Briseño Sierra
 - “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, por el doctor Mauro Cappelletti, traducción del licenciado Héctor Fix-Zamudio.
 - “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, por el licenciado Héctor Fix-Zamudio.
 - “Constitución y enjuiciamiento civil”, por el licenciado Guillermo Floris Margadant.
 - “Piero Calamandrei”, por el doctor Carlo Furno, traducción del doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.
 - “Aspectos de la sentencia del Tribunal de lo contencioso-administrativo del Uruguay”, por el doctor Adolfo Gelsi Bidart.
 - “El mito del amparo”, por el licenciado J. Ramón Palacios.
 - “Eduardo J. Couture y la filosofía del derecho”, por el doctor Luis Recaséns Siches.

En la Revista hay señalamiento expreso que indica, en: “Homenaje a la memoria de Piero Calamandrei (Firenze) y de Eduardo J. Couture (Montevideo). Profesores huéspedes de la Facultad de Derecho de México”.

El aspecto iconográfico del ejemplar en comento contiene sendas fotografías de Calamandrei y Couture, impresas en papel *ad-hoc*, por lo que se pueden calificar de buena calidad dado el estado de los avances técnicos de reproducción de hace cincuenta años.

Ante tanta abundancia de materiales que ofrece el número de la Revista, me limitaré a aludir a los homenajeados Calamandrei y Couture, y de ellos sólo me referiré a su relación con México y con el derecho procesal constitucional o el derecho constitucional procesal respectivamente. Pondré como frontispicio al organizador del ejemplar, Alcalá-Zamora, y como colofón a quien se dedica el libro que el lector tiene en sus manos, el emérito Fix-Zamudio. Una última salvedad: me será imposible entreverar autores y ser anecdótico.

II. NICETO ALCALÁ-ZAMORA

El hispano procesalista, quien arribó a México en 1946, fue el eje, la bujía, el promotor y el coordinador del número de la Revista en homenaje a la memoria de Calamandrei y de Couture, en su carácter de director técnico de la Revista (lo fue del 4 de enero de 1949 al 31 de mayo de 1957),⁴ según me lo refirió el doctor Héctor Fix-Zamudio (entrevista del 11 de mayo de 2007).

La relación de Alcalá-Zamora con Calamandrei y Couture fue cercana.⁵ Dos testimonios son los retratos fotográficos que dedicaron a don Niceto en sus estancias en México. La de Couture (México, febrero de 1947) reza: “Para Niceto, fraternalmente E. J. Couture”. En ella aparecen tanto el profesor dedicante como el profesor a quien se dedicó la fotografía.

Por su parte, Calamandrei en dedicatoria más extensa —de su retrato— le da el tratamiento —a don Niceto— de “amigo y colega insigne”. La foto está datada en México el 28 de febrero de 1952.

En el archivo fotográfico de don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo hay diversas tomas en las que aparecen nuestros personajes en actitud de fraternidad, incluso en algunas se ven sonrientes. El acervo iconográfico lo custodia —en nuestros días— doña Pilar Alcalá-Zamora y Queipo de Llano, quien en dos viajes a Madrid me permitió “digitalizar” diversos testimonios fotográficos del palpitante ayer de los procesalistas que nos han forjado.

Don Niceto fue un hombre parco en elogios, en lo general, pero no dudaba en realizarlos cuando a su juicio los podía explicar. Y en justicia —sin jamás ser melifluo— los prodigó a Couture y Calamandrei en sus escritos en homenaje a la memoria de estos últimos.

Se resalta, por lo que atañe a Calamandrei y su cultivo del derecho procesal constitucional, este aserto de Alcalá-Zamora: “El maestro flo-

⁴ Cfr. Said, Alberto, *Breve semblanza del Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y tres expresiones de sus afanes en México*, México, Legis, 2003, *passim*. Su copiosa participación en la Revista puede consultarse en Flores García, Fernando, *Cincuenta aniversario de la Revista de la Facultad de Derecho de México. Índice cronológico*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1989.

⁵ Fix-Zamudio se refirió a ella como “relación de confraternidad científica”. En *Discurso* publicado en la “Memorias del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 67, enero-marzo de 1967, p. 350.

rentino prestó especial atención en los últimos años a esa rama, nueva en Italia, que se liga con la *giustizia costituzionale*⁶ (Revista, p. 83).

Sobre el mismo tema, insiste Alcalá-Zamora cuando dice que fue objeto de estudio de Calamandrei el *derecho procesal constitucional*,⁷ al menos en estas obras:

- *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, CEDAM, 1950, pp. XIX-98.
- “La corte costituzionale e il processo civile”, *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, vol. 1, pp. 195-204.
- *Intervento del Prof. Piero Calamandrei, ord. dell'Università di Firenze (sul tema “Il controllo giurisdizionale delle leggi*, Padova, CEDAM, 1953, pp. 74-76.
- *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità. Discorso inaugurale del año académico en el Instituto “Cesare Alfieri”* de Florencia, leído el 21 de noviembre de 1920. En *Archivio Giuridico* de 1921 y en *Annuario 1920-21* de dicho Instituto; reproducido en *STUDI*, vol. II, pp. 1-55.
- *Governo e Magistratura (Giustizia e Politica)*. Discorso inaugurale del año académico en la Universidad de Siena, el 13 de noviembre de 1921. En *Annuario 1921-22* de dicha Universidad, y en *La critica politica*, febrero de 1922; reproducido en *STUDI*, vol. II, pp. 57-88 (sin el subtítulo).
- *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, conferencia en el Palacio de Justicia de Roma, el 10 de febrero de 1956. Publicada por el Consejo de la Orden de Abogados y Procuradores de Roma (“*Officio Grafico Bocca*”, 1956) y en *R. D. P.*, 1956, I, pp. 7-55; reproducido en *STUDI*, vol. VI.
- *La Costituzione e le leggi per attuarla*. En el volumen *Diecianni dopo (1945-1955)*, Bari, Laterza, 1955, pp. 209-316. En el sobretítulo lleva el título: *Come si fa a disfare una Costituzione*.
- *CENNI INTRODUTTIVI SULLA COSTITUENTE E SUI LAVORI*,⁸ Firenze, G. Barbéra, Editore, 1949.

⁶ Las cursivas negritas no aparecen en el original.

⁷ El original aparece sin cursivas.

⁸ Cuando el título de la obra está en versalitas significa que es un libro autónomo.

- *LA ILEGITIMITÁ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI NEL PROCESSO CIVILE*, Padova, CEDAM, 1950, pp. XIX-98.
- “Intervento del prof. Piero Calamandrei, ord. dell’ Università di Firenze (sul tema «El controllo giurisdizionale delle leggi»)”, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1953, pp. 74-76.
- “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Scritti giuridici in onore della “Cedam” nel cinquantenario della sua fundazione*, Padova, CEDAM, 1953, vol. II, pp. 51-78.
- “La prima sentencia de la Corte Constitucional”, *R.D.P.C.*, 1956, II, pp. 149-160; reproducido en *STUDI*, vol. VI.
- “Sulla nozione di «manifesta infondatezza»”, en *R.D.P.C.*, 1956, II, pp. 164-174, reproducido en *STUDI*, vol. VI.

Para finalizar este apartado transcribo el inmejorable recuento efectuado por Ferrer Mac-Gregor⁹ sobre el carácter de pionero del derecho procesal constitucional de Niceto Alcalá-Zamora:

Es el procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el primero que utiliza la expresión [derecho procesal constitucional], advirtiendo la existencia de una nueva parcela jurídico-procesal. En su exilio de más de tres décadas, primero en Argentina y luego en México, expresamente se refiere a este imperativo en sus obras *Ensayos de derecho procesal civil, penal, constitucional* (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1944) y *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso* (1a. ed., 1947).

III. PIERO CALAMANDREI

Se insiste: fue en el mismo año de 1956 cuando fallecieron Calamandrei y Couture; y como se ha dicho estas dos penosas circunstancias motivaron a Alcalá-Zamora y Castillo dedicar un número de la Revista a la vida y obra de estos dos insignes profesores huéspedes de la Facultad de Derecho de la UNAM. Ahora aludiré —por necesidad de constreñirme— a algunos contactos de Calamandrei con México.

Calamandrei publicó en nuestra *Revista* los siguientes estudios:

⁹ En su prólogo al libro coordinado por Domingo García Belaunde y Eloy Espinosa-Saldaña, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. XIV y XV.

- “Para la definición del hecho notorio”, traducción de F. J. Tena, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, núm. 38, 1933.
- “La relatividad del concepto de acción”, traducción de Manuel Romero Sánchez, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 97, 1942.
- “La sentencia civil como medio de prueba”, traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 88, 1943.
- “Gobierno y magistratura”, traducción de Julio López de la Cerda y Manuel Romero Sánchez, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 12, 1944.
- Páginas añadidas al “Elogio de los jueces”, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 10, 1953.

Calamandrei fue profesor huésped de nuestra Facultad de Derecho en el año de 1952. El resultado de tan feliz evento —cursillo de invierno— fue la publicación de su libro: *Processo e Democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell' Università Nazionale del Messico*, Padova, CEDAM, pp. 176.

De él, Alcalá-Zamora¹⁰ manifiesta, con emoción, el agradecimiento de Calamandrei: “Desde el prólogo, lleno de elogios y de afecto hacia los juristas mexicanos, hasta la cubierta, donde se reproducen en la anterior, uno de los frescos pintados por José Clemente Orozco en la Suprema Corte de Justicia y en la posterior, los escudos de la Universidad florentina y de la mexicana”. Este texto, para beneficio de la cultura jurídica iberoamericana, fue traducido al español por el discípulo “a la distancia” de Calamandrei, el doctor Héctor Fix-Zamudio, bajo el título *Proceso y democracia*, en los Breviarios de EJE (Buenos Aires, 1960).

Un mérito —digno de emular— de Calamandrei es su ejemplo de optimismo puro por el derecho, la libertad, y la democracia. Mantuvo esta actitud, él que vivió —sufrió— algunas de las más catastróficas conflagraciones bélicas del siglo XX.¹¹ En esa actitud vital encontramos parte de su valioso legado.

¹⁰ *Revista*, p. 99.

¹¹ *Cfr.* Calamandrei, P., *Uomini e città della Resistenza, discorsi, scritti, epigrati*, Laterza, 2006; *Zona di guerra. Lettere, scritti, discorsi (1915-1924)*, Gius. Laterza & Figli, Bari, 2006; *L' Italia ha ancora qualcosa da dire*, 1944, Discurso como rector de la Univer-

IV. EDUARDO J. COUTURE

A pesar de la infeliz conciencia varias veces indicada —el mismo año de fallecimiento de los dos juristas homenajeados en el número de la Revista— Calamandrei realizó una sentida nota cronológica en torno a Couture. Con la maestría que caracterizó su pluma, Piero Calamandrei sostuvo:¹²

Con Eduardo J. Couture, desaparecido de improviso en Montevideo en abril último [1956], cuando sólo contaba con cincuenta y dos años, como una estrella que se oscurece repentinamente en el más alto fulgor de sus ascensión, ha desaparecido no solamente el jurista de fama mundial, sino también una de esas mentes soberanas que se mueven con igual agilidad en todos los dominios de las ciencias y del arte y una de esas almas ardientes y comunicativas para las que la vida no puede entenderse sino como una continua petición y al mismo tiempo como una continua y generosa oferta de comprensión y de amistad.

Eduardo J. Couture visitó México en 1947 y 1952. En su estadía de 1947 (Curso de invierno en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, enero-febrero) aludió a la teoría de la buena fe en el proceso civil y a la interpretación e integración de las leyes procesales. En esos mismos cursillos participó Hans Kelsen,¹³ con quien Couture guardó relación.

En ese mismo año asistió al lado de los recordados maestros Alcalá-Zamora, Castillo Larrañaga, Esteva Ruiz, García Máynez, García Rojas, Medina Lima, Pardo Aspe, de Pina, Recaséns Siches, Trueba Urbina y Virgilio Domínguez, en una mesa redonda que versó en torno a la interpretación e integración de leyes procesales.¹⁴

En 1952 dictó una conferencia magistral en la Facultad de Derecho en un mismo ciclo donde intervinieron los profesores Allorio y Cuenca.¹⁵

sidad de Florencia; *Inventario della casa di campagna*, La Balze, 2002; *Diario (1929-1945)*, Milán, La Nuova Italia, 1997; *Futuro postumo*, La Balze, Montepulciano, 2004.

¹² Calamandrei, Piero, *Chioyenda-Recuerdo de juristas*, Buenos Aires, EJE, p. 235.

¹³ *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. IX, núms. 33-36, enero-febrero-marzo de 1947, pp. 315-327.

¹⁴ *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 44, octubre-diciembre de 1949, pp. 9-65.

¹⁵ *Cfr. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. II, julio-septiembre de 1952, p. 285.

Como Eduardo J. Couture fue un espíritu fino, amplio e incansable, dejó testimonios íntimos donde plasmó todo género de recuerdos de sus viajes. No escaparon a su atención sus estadias en nuestro país de 1947 y 1952.¹⁶ La lectura de sus impresiones y reflexiones es emocionante.

De su obra relacionada con el tema proceso y Constitución, sólo diré que es de vital importancia su enjundioso texto *Constitución y proceso civil*.¹⁷ Este y otros estudios al decir de Héctor Fix-Zamudio le otorgan en nuestro medio la paternidad del *derecho constitucional procesal*,¹⁸ una dimensión diversa —y cercana— al derecho procesal constitucional. Para cerrar este punto sólo me resta decir que Eduardo J. Couture es de los poquísimos autores hispanoamericanos que aparece en la magna obra *Juristas universales*,¹⁹ editada por Marcial Pons. La síntesis biográfica que incluye una relación de obras y bibliografía sobre los aportes de Couture se debe a Alejandro Romero Seguel.

V. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

El medio siglo de su infatigable labor de investigación —pues si bien la efectúa de tiempo completo a partir de 1964, la podemos iniciar en el año de 1956— se ha traducido en un servicio, por sus frutos, de gran valía para el mundo jurídico de México y en general de Iberoamérica.

Por invitación de su mentor, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y contando Fix-Zamudio con el apoyo de su esposa (doña Cristina Fierro) ingresó al mundo académico como actividad fundamental, dejando atrás²⁰ una carrera judicial de varios años —a la que ingresó inspirado en

¹⁶ Cfr. Couture, Eduardo J., *El arte del derecho y otras meditaciones*, Montevideo, 1988, pp. 87-92, y pp. 119 y 120.

¹⁷ Couture, Eduardo J., *Estudios, ensayos, y lecciones de derecho procesal civil*, México, EJU, 2001, pp. 1-111.

¹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho procesal constitucional”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 30, 1977.

¹⁹ Madrid, 2004, t. 4, pp. 1946-1948.

²⁰ Fue auxiliar de la secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala de la SCJN del 8 de junio de 1945 hasta abril de 1956; actuario judicial en funciones de secretario en el Juzgado Segundo de Distrito en materia administrativa del Distrito Federal de mayo a agosto de 1956; secretario del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, y secretario de Estudio y Cuenta del 1o. de enero de 1958 hasta el 30 de julio de 1964, cuando renunció para incorporarse de tiempo completo a la UNAM.

el ejemplo de su tío, el ministro Teófilo Oléa y Leiva, uno de los Siete Sabios— y por delante, un promisorio futuro en el Poder Judicial. El maestro no se equivocó en su elección pues su relación de méritos y servicios jurídicos lo hacen ser el máximo ejemplo de investigador jurídico mexicano. Es nominalmente doble investigador emérito pero materialmente es un investigador de una sola pieza.

Con el andar del tiempo su labor como juez la desempeñó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que llegó a presidir. La actuación y su revisión de votos particulares merecen una monografía especial.

Pero retrocedamos en el tiempo para decir que el 4 de octubre de 1966, previa petición unánime del Instituto de Investigaciones Jurídicas, al rector don Javier Barros Sierra, y acogida por éste y por la Junta de Gobierno de la Universidad con la máxima comprensión, se eligió como director titular al doctor Héctor Fix-Zamudio, de quien su maestro, don Niceto Alcalá-Zamora externó:²¹

[De él]... no he de hacer elogio, porque según el aforismo medieval, los hechos notorios no requieren prueba (*notoria non egent probatione*), pero se confió la institución por primera vez a un investigador de tiempo completo y de ese modo concluyó, por fin, el largo periodo de 26 años corridos, durante los cuales [el Instituto] sólo de manera esporádica dispuso de director efectivo.

El maestro Fix-Zamudio, después de doce años de intensa labor cedió “la estafeta” del Instituto —en cuanto a su dirección— al doctor Jorge Carpizo, quien tomó posesión de su encargo el día 24 de octubre de 1978.

Sobra decir que hasta nuestros días desempeña su activísima labor de investigación en el Instituto.

En cuanto a sus labores de traductor en el campo del derecho procesal constitucional rindo esta cuenta:

- Piero Calamandrei

— “Corte constitucional y autoridad judicial”, *Boletín de Información Judicial*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1956, núms. 110 (octubre), pp. 684-698, y 111 (noviembre), pp. 753-774.

²¹ En *XL Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1980, p. 12.

- Proceso y democracia, Buenos Aires, EJEA, breviarío número 33, 1960.
- Mauro Cappelletti
 - “Piero Calamandrei” (datos biográficos) en el número paradigmático de la *Revista* motivo de este trabajo (pp. 9-12).
 - “Piero Calamandrei y defensa jurídica de la libertad”, en el mismo número de la *Revista*.
 - “Justicia constitucional en Italia”, y “Valor actual del principio de la oralidad”, ambas participaciones del maestro florentino se realizaron en el I Congreso Mexicano de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de México en 1960, y publicadas en las Memorias en la *Revista de la Facultad Derecho de México*, enero-diciembre de 1960, núms. 37 a 40.²²
 - La voz amparo en la *Enciclopedia del Diritto*, 1958.
 - *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1963, p. 423.
 - “El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, en colaboración del doctor Cipriano Gómez Lara, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 60, t. XV, octubre-diciembre de 1964, pp. 889-917.
 - “La Universidad Europea. El departamento jurídico”, en *Deslinde. Cuadernos de Cultura Política Universitaria*, núm. 58, 1974, 24 pp.

Por lo que hace a las aportaciones del doctor Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional seguimos al doctor Eduardo Ferrer MacGregor²³ en los siguientes dos incisos:

a) El mérito maestro Héctor Fix-Zamudio ha reivindicado para la ciencia procesal el estudio del amparo. En efecto, desde su tesis de licen-

²² Fue justamente en este importante Congreso donde se conocieron físicamente los doctores Cappelletti y Fix-Zamudio. Guardaron amistad hasta la desaparición física del primero (Flores, 10. de noviembre de 2004). Pocos meses después el doctor Fix-Zamudio participó —en Monterrey— en una mesa en honor a la memoria de Cappelletti, en el I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. La mesa 1 tuvo lugar el jueves 8 de septiembre de 2005 concurriendo los doctores Fix-Zamudio, Gómez Lara, Hernández Valle y Ferrer Mac-Gregor.

²³ “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional”, *Ensayos de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, pp. 1-27.

ciatura realizada en 1955, planteó de forma inmejorable en su segunda conclusión:

Las grandes conquistas alcanzadas por la teoría general del proceso en los últimos tiempos, primeramente bajo la dirección de los juristas alemanes, y posteriormente por la ciencia jurídica italiana; y por otra parte la aparición de una nueva disciplina procesal: “El derecho procesal constitucional” permite 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.

b) La defensa constitucional y los sectores que la integran. En un afán clasificador para Fix-Zamudio²⁴ aquélla se realiza en dos sectores:



Ante la imposibilidad de desarrollar los siguientes apartados, sólo ofrecemos una nómina de las instituciones y ramas del saber jurídico que ha abordado con gran éxito el doctor Fix-Zamudio:

Ombudsman; consejos de la judicatura; derecho procesal administrativo; derecho procesal del trabajo; derecho procesal constitucional compa-

²⁴ *Ibidem*, pp. 9 y 10.

rado; derecho constitucional procesal comparado; teoría del derecho procesal; procesos colectivos; evolución de la ciencia procesal.

Como bien me comentó el doctor Sergio García Ramírez,²⁵ el doctor Fix-Zamudio es el discípulo que cumplió plenamente las expectativas del maestro Alcalá-Zamora, por su enorme contribución a la ciencia procesal.

Tan eminentes servicios le han sido recodidos al emérito Fix-Zamudio (“Nunca lo suficientemente laureado”, expresó el doctor Fernando Flores García —en mayo de 1988— en el examen doctoral de Cipriano Gómez Lara).

Dos ejemplos de ello son el hecho que lleven su nombre: el Premio Internacional de Investigaciones en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (otorgado a Joseph Raz en el 2005 y a Ronald Dworkin en el 2006), y el edificio sede de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2006).

De todas las propuestas que ha formulado el maestro Fix-Zamudio una de ellas llama poderosamente mi atención. La escuché la tarde del martes 27 de noviembre de 1990 en la cátedra magistral de bienvenida que dio a los alumnos de la Facultad de Derecho de la UNAM, donde pugnó por el establecimiento del *Premio Nóbel en Derecho*, como ya existe en las ciencias económicas. Con tal propuesta el Maestro revela su optimismo por el derecho, al que se toma en “serio” según el título de la clásica obra de Dworkin (*Los derechos en serio*).

Quien escribe estas líneas espera que las palabras pronunciadas por el Maestro sean proféticas. Por las razones que se pueden deducir entre líneas de este breve pero emotivo escrito en honor al doctor Fix-Zamudio, ya sabrá el lector el nombre de mi candidato en caso de que el dicho premio se establezca...

²⁵ Entrevista del 14 de mayo de 2003.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA

Fernando SERRANO MIGALLÓN*

Al afirmarse la forma de Estado constitucional, se ha acentuado también la extensión del principio de legalidad como fundamento no sólo de la función administrativa y jurisdiccional, sino también de la actividad normativa y, específicamente, de aquella de rango primario o legislativo. Con la extensión del principio de legalidad al ámbito legislativo —que encuentra su principal expresión en las Constituciones rígidas— ha cobrado fuerza la exigencia de dispositivos de control cuya finalidad sea asegurar el cumplimiento de este principio.

Esta necesidad de dispositivos de control constitucional ha sido objeto de diversos estudios y al respecto se han sostenido posturas que, en algunos casos, han sido completamente antagónicas. Carl Schmitt y Hans Kelsen, por ejemplo, debatieron sobre quién debía ser el guardián de la Constitución. Schmitt sostenía que esa función correspondía al presidente del Reich, dadas las facultades que le otorgaba el artículo 48 de la Constitución de Weimar. Impedir la intervención de los jueces en el control de la constitucionalidad prevendría, a decir de Schmitt, la “judicialización de la política”, que constituía en muchas ocasiones la antesala de la “politización de la justicia”. Para él, un tribunal protector de la Constitución triunfaría sólo en un Estado judicialista, donde todos los actos de la vida política pudieran ser controlados jurisdiccionalmente.¹

Kelsen se pronunció en contra de este planteamiento, pues para él la idea del titular del Reich como defensor de la Constitución había sido heredada de los representantes del constitucionalismo decimonónico, quienes con base en el principio monárquico preconizaron la tesis de que el

* Ex director de la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., trad. Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998.

monarca era el guardián natural de la Constitución. Kelsen pensaba que esta interpretación buscaba compensar la pérdida de poder que el jefe de Estado había sufrido cuando las monarquías constitucionales sustituyeron a las absolutas. La defensa monárquica de la Constitución llevada a cabo de esta manera haría ineficaces sus garantías, sobre todo ante violaciones debidas al propio monarca y aquellos colaboradores que refrendaban sus actos. Por esta razón, Kelsen pensaba que para defender la Constitución, debía prevalecer la institución de un tribunal independiente de los poderes públicos, facultado para decidir, como resultado de un procedimiento contencioso, sobre la constitucionalidad de los actos del Parlamento y del gobierno.²

El paso del tiempo mostró que las ideas kelsenianas prevalecieron sobre las de Schmitt, pues actualmente la defensa de la Constitución se ha establecido, en la mayoría de los casos, a través de una jurisdicción constitucional cuya finalidad es que todo acto o norma sea congruente con lo establecido en el texto de la Ley Fundamental. Pero tampoco las ideas de Schmitt se ven muy alejadas del contexto en el que se desarrolla la justicia constitucional pues, en muchos casos, los tribunales constitucionales imprimen un contenido político a sus decisiones.

La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones: la normativa y la institucional.³ En la primera, el control de la constitucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y, preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la Constitución. Desde esta óptica, los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad se convierten en “juzgadores de la ley” y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, de esta forma, garantizar los derechos de los ciudadanos.

En la jurisdicción constitucional de carácter institucional, el control busca la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado. En ella, los órganos que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional actúan como “juzgadores de los poderes estatales” y resuelven las controversias

² Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

³ Estas dos direcciones, tomando en cuenta los modelos del área germánica en que tuvieron origen, son conocidos con *Verfassungsgerichtsbarkeit* y *Staatsgerichtsbarkeit*.

concretas entre ellos, asegurando un desarrollo equilibrado de las relaciones entre poderes y entre autoridades de diversas circunscripciones territoriales.

La relevancia que ha adquirido el Estado constitucional ha tenido como consecuencia una expansión a escala mundial de los sistemas de justicia constitucional en estas dos vertientes. Esta expansión surge a la par de una exigencia profunda de garantía que se liga a la demanda creciente de racionalización de la esfera política. De esta manera, la política día a día se empieza a determinar por el derecho y no es el derecho el que tiene que ser condicionado por la política.

En el ámbito constitucional, la convicción que da fuerza a este proceso es que no sirve fijar en una Constitución los principios fundamentales que aseguran la paz social —como la libertad, la igualdad o el sistema de relaciones entre poderes públicos— si no existe la posibilidad de garantizar la preeminencia del texto constitucional sobre las expresiones de la voluntad política que se manifiestan, en primer lugar, por medio de la ley. Por esto, si la preeminencia de la Constitución no se afirmara y se volviera efectivamente operante a través del control de la constitucionalidad, cada ley, expresión de la voluntad de la mayoría, podría derogar a los mandamientos contenidos en los textos constitucionales, anulando las garantías que los individuos y las fuerzas sociales, en particular las fuerzas de la minoría, adquieren con la existencia de la Constitución.⁴ El texto constitucional, de esta manera, debe prevalecer sobre las coyunturas políticas que pueden presentarse dentro de un Estado; por ello, el papel político que tienen a través de sus decisiones los tribunales constitucionales adquiere una gran importancia.

Hasta hace algún tiempo, los problemas sobre la forma en que estos tribunales tomaban sus decisiones eran tratados por filósofos y sociólogos del derecho, pues comúnmente se confiaba en la veracidad del postulado según el cual el juez de las leyes, incluso ejerciendo su “discrecionalidad” en mayor medida que otros jueces, no dejaba de ser también juez y, en consecuencia no establecía más que un silogismo teniendo en cuenta la relación entre norma-parámetro y norma-objeto de la decisión, cuya consecuencia ineludible era la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

⁴ Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 2005 p. 13.

lidad de esta última. En semejante contexto, la motivación no era sino la justificación del proceso lógico seguido.⁵

Sin embargo, la argumentación condicionada por una particular visión política ha sido ampliamente demostrada en las decisiones de los tribunales constitucionales. Existe por tanto también una idea opuesta, según la cual las decisiones judiciales se deben sólo a motivos personales o bien a influencias y condicionantes institucionales y sociales, de tal modo que las motivaciones no son sino el medio con el que el juez justifica la bondad de sus propias decisiones, otorgando forma jurídica a opciones políticas de tal modo condicionadas.⁶

Si bien esta última posición puede parecer radical, lo cierto es que las decisiones de los tribunales constitucionales en ocasiones tienen un alto contenido político. Esto porque con el crecimiento de la demanda de justicia constitucional, las estrechas y frecuentes relaciones establecidas entre tribunales constitucionales y el Poder Legislativo, así como con el aumento del rol público de los tribunales, los ciudadanos están cada vez más informados sobre la actividad de estos órganos jurisdiccionales, de los que tiende a percibir los aspectos políticos y a valorarlos.⁷

Los problemas derivados de la relación entre justicia constitucional y sistema político, de esta forma, tienden hoy en día a asumir una importancia creciente. Todos los modelos de justicia constitucional en cierta medida tienen una carga de ambigüedad que se liga a la naturaleza misma del control de la constitucionalidad, desde el momento en que por esta vía se protege a la Constitución a través de medios que en muchas ocasiones son políticos en la sustancia, pero jurisdiccionales en la forma, pues se llevan a cabo a través de procedimientos ante un órgano jurisdiccional.⁸

Precisamente esta ambigüedad que se ve reflejada en las decisiones de los tribunales constitucionales, ha sugerido otorgar a estos órganos jurisdiccionales una serie de funciones con alto contenido político que precisan el ejercicio de un papel arbitral.

⁵ Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, trad. María León Alonso, Madrid, Dykinson, 2004, p. 132.

⁶ *Idem*.

⁷ Considérense por ejemplo las resoluciones adoptadas por los tribunales constitucionales sobre la pena de muerte, el aborto, la eutanasia, y, en general la bioética.

⁸ Cheli, Enzo, *Il giudice dell...*, *cit.*, nota 4, pp. 45 y 46.

Entre ellas, aparecen en primer lugar aquellas que se refieren a la resolución de conflictos entre órganos o poderes del Estado, como sucede en Italia, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Sudáfrica o Costa Rica. Otra función a menudo atribuida a los tribunales constitucionales es la vigilancia sobre las operaciones electorales, políticas, presidenciales e incluso administrativas que se llevan a cabo en Francia, Alemania, Grecia, Austria, Portugal o Rumania. Incluso los tribunales constitucionales a menudo son llamados a conocer sobre la regularidad de los procesos de referéndum o, como en Italia, sobre la admisibilidad de su celebración. Estos órganos jurisdiccionales también están bastante implicados en algunos procedimientos seguidos contra el presidente, los ministros, los legisladores, los jueces u otros funcionarios, así sucede por ejemplo en Yemen, Honduras o Albania.⁹

En los ordenamientos protegidos contra la actividad de partidos o asociaciones anticonstitucionales, es frecuente que las decisiones sobre la naturaleza de los mismos, como incluso en algún caso la imposición de las relativas sanciones, sean confiadas al tribunal constitucional, reputado más idóneo que otros poderes para asumir una decisión imparcial. La disposición más conocida en este sentido es la contenida en la *Grundgesetz* alemana. Finalmente, recorriendo los textos constitucionales y la legislación de desarrollo, es fácil hallar disposiciones que atribuyen a los tribunales constitucionales las competencias más variadas, como son: formular pareceres sobre la proclamación de medidas de emergencia; verificar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la presidencia de la República; decidir sobre la extradición de ciudadanos extranjeros; establecer las medidas para la ejecución de sentencias de tribunales internacionales y deliberar sobre la decisión del presidente de la República de anular resoluciones especiales adoptadas por el legislativo; verificar las circunstancias de la disolución presidencial; comprobar las incompatibilidades de los ministros o pronunciarse sobre las candidaturas al cargo presidencial.¹⁰

Todas estas funciones tienen alto contenido político y con ellas aumenta en buena medida la importancia de la actuación de los tribunales constitucionales. Pero en el fondo, estas facultades tienen un mismo ob-

⁹ Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, nota 5, pp. 153 y 154.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

jetivo: equilibrar las funciones entre órganos constitucionales obrando con los instrumentos que comúnmente corresponden a la jurisdicción, pero asumiendo también un alto grado de politización.

Tomando en cuenta que las sociedades pueden politizarse y que esta politización puede influir en las decisiones de los tribunales constitucionales, es posible afirmar que una verdadera democracia no encuentra sólo en sí misma la fuente de su legitimación, sino que tiene necesidad de un “sistema de valores *metademocráticos*” a los que debe sujetarse y que se encuentran frecuentemente en los textos constitucionales. Entonces, el mismo régimen democrático requiere de límites *metademocráticos* que contengan su fuerza; por tanto, los tribunales constitucionales, al ser los guardianes de esos límites carecerán, necesariamente, de legitimación democrática. No debe olvidarse que uno de los valores que los tribunales constitucionales defienden es aquel que se refiere al procedimiento democrático, a través del cual los anhelos políticos se convierten en instrumentos jurídicos. De esta forma, los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad son indispensables en muchas ocasiones al régimen democrático precisamente por la facilidad que su carencia de legitimación democrática les da para tomar decisiones que, a veces, van en contra del sentir social de una mayoría influenciada por coyunturas políticas.

Los tribunales constitucionales garantizan de esta forma el equilibrio entre dos polos: soberanía popular y supremacía del sistema de valores constitucionales. Sin embargo, estos tribunales siempre deben procurar la supremacía de los valores contenidos en los textos constitucionales, pues no ejercitan una actividad política en sentido estricto, sino que son órganos jurisdiccionales dotados de fuerza política con funciones jurídico-arbitrales de custodia y garantía incluso de los mismos actos, señaladamente las leyes, en que se traduce la soberanía popular. Y es que en el actual Estado constitucional, contra estos actos en que frecuentemente se expresa una supremacía parlamentaria, los ciudadanos pueden protegerse esencialmente de dos maneras: 1) a través de instrumentos de democracia directa como el referéndum, o 2) a través de las funciones que llevan a cabo los tribunales constitucionales. Es por ello que estos últimos, a pesar de no representar una legitimación popular directa, operan precisa-

mente en nombre del pueblo y defendiendo los intereses no sólo de las minorías, sino de todos los ciudadanos.¹¹

La Constitución, al ser al mismo tiempo un *acto* determinado en el tiempo y un *proceso* histórico, no debe desarrollar sólo una función conservadora que provoque la cristalización de los significados de la norma fundamental, ni tampoco extremadamente progresiva que provoque reformas constitucionales acordes con todos los deseos sociales y de la clase política, sino que debe adoptar una función estabilizadora, de moderación y equilibrio a través de una inteligente y, por tanto, razonable actualización de las necesidades y valores originarios que deben ser protegidos en su núcleo duro e intangible.¹²

No puede negarse que los mismos tribunales constitucionales, simplemente llevando a cabo sus funciones, influyen en la formación de la opinión pública democrática, moderno rostro mediático de la soberanía popular, que a su vez tiende a influenciar las decisiones de sus miembros. Sin embargo, es necesario que estos órganos jurisdiccionales, en la medida de lo posible, no se dejen influenciar por los impulsos contingentes que mueven la opinión pública, cuyos cambiantes deseos no deberían incidir en lo más mínimo en sus decisiones. La brújula que debe guiar estas decisiones es el parámetro constitucional. De hecho, una de las funciones más importantes de los tribunales constitucionales es el servir como “freno” a las cambiantes presiones de la opinión pública que son siempre más manipulables y capaces de condicionar de manera importante el actuar de los legisladores.

La opinión pública condicionada por aspectos políticos no debe ser factor en las decisiones de los órganos jurisdiccionales de control constitucional y, por tanto, es necesario que los tribunales constitucionales resistan a todo tipo de presiones políticas, incluyendo la de una difusa “conciencia social” o la de una aguerrida opinión pública, pues de otra forma, los temores de Schmitt acerca de una politización de la justicia podrían dejar de ser eso, sólo temores, y se convertirían en condicionantes importantes de las decisiones de los órganos de control de la constitucionalidad.

¹¹ Ruggieri Antonio y Antonino Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 2004, pp. 11 y 12.

¹² *Ibidem*, p. 15.

JUDICIAL REVIEW GLOBAL*

Martin SHAPIRO**

SUMARIO: I. *División capital de los poderes*. II. *Federalismo*. III. *Derechos individuales*. IV. *Medios mínimos* (least means). V. *Razonabilidad*.

Hoy en día las Constituciones escritas son para los Estados-nación un atributo casi tan universal como las banderas y se les encuentra incluso en algunas entidades transnacionales como la Unión Europea. Los estudios relativos a la comparación de leyes constitucionales se dedican a comparar una previsión específica de una Constitución nacional, así como su interpretación e implementación respecto de otra. Existen, sin embargo, ciertos modelos de pensamiento o análisis constitucional que son universales, o al menos ampliamente utilizados por las cortes constitucionales que tradicionalmente utilizan Constituciones escritas. En este sentido, existen procedimientos intelectuales globales y unificados para tratar cuestiones constitucionales, entre la variedad de textos constitucionales y sus interpretaciones judiciales.

Es común señalar que las Constituciones crean a las instituciones gubernamentales y a la vez las limiten. Una forma de limitación es la división de poderes o funciones entre un número de instituciones constituidas de esta manera. Otra es la proclamación de los derechos individuales, de tal suerte que los órganos públicos deben respetarlos. La división

* Traducción del inglés por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Si bien la expresión *judicial review* suele ser traducida como control de constitucionalidad, en estricto sentido carece de traducción. Es por ello que preferimos utilizar a lo largo del texto su expresión original, debido también a que su significación es ampliamente conocida.

** Profesor de la Universidad de California, Berkeley.

constitucional de los poderes establece límites entre diversos órganos del gobierno central y en algunas constituciones, los límites entre los gobiernos centrales y los gobiernos locales. Nuestra pretensión se limita al estudio del análisis judicial emprendido por las cortes constitucionales de esas limitantes impuestas al gobierno, omitiendo referirnos a las previsiones constitucionales que los poderes del gobierno están centralizados en vez de separados, aquéllos en los que los derechos individuales no se consideran como constitucionales o no se prevén como base de impugnación para una *constitucional judicial review*.

Nuestro planteamiento consiste en que las decisiones judiciales relacionadas con las limitaciones constitucionales impuestas a los gobiernos se basan, en última instancia, de manera fundamental en la ponderación, en medios mínimos de análisis o, en otras palabras, en un análisis de razonabilidad. Esta reivindicación no es el análisis débil que algunas veces emplean los jueces, no obstante que dicho análisis siempre se encuentra presente en cierto grado. Más bien es la fuerte reivindicación de que dicho análisis es siempre decisivo para la decisión judicial (en algunos países, algunas veces por supuesto, los juicios constitucionales son dictados por poderes no judiciales o por jueces que comparten esa cuestión. Mi idea de reivindicación no aplica para dichas situaciones).

Esta reivindicación podrá probarse de forma empírica en un nivel puramente verbal al consultar las opiniones jurídicas para el lenguaje de la ponderación, medios mínimos o razonabilidad, o sus equivalentes en varios idiomas de diversos sistemas jurídicos. Por ejemplo, muchas cortes utilizan la expresión de proporcionalidad como equivalente de lo que he denominado ponderación. En un nivel de profundidad, uno puede demostrar que no importan las expresiones empleadas, de hecho cuando niegan la ponderación explícitamente, e invocan límites supuestamente absolutos sobre algún poder gubernamental, las decisiones jurídicas constitucionales específicas deberán haberse ya racionalizado, o podrán racionalizarse solamente si se basaron en la ponderación mental o de procedimientos o modos del pensamiento.

Esta labor empírica es necesaria en el largo plazo para probar adecuadamente mi hipótesis. Como asunto preliminar, sin embargo, intentaré mostrar que dichos procedimientos son lógicamente endémicos a todos los razonamientos judiciales sobre limitaciones constitucionales. Iniciaré abordando brevemente problemas de división de poderes, pero concentrándome en los derechos individuales.

I. DIVISIÓN CAPITAL DE LOS PODERES

La división de poderes en la capital típicamente involucra algún tipo de separación entre el Legislativo y el ejecutivo, o entre el Legislativo, el primer ministro y el presidente. Permítanme iniciar con las divisiones entre el Legislativo y el Ejecutivo en sistemas presidenciales. En dichos sistemas, los poderes Ejecutivo y Legislativo se traslapan; sin importar qué tan formalmente divididos estén, en la realidad se traslapan. Las incertidumbres constitucionales actuales en los Estados Unidos sobre el comandante en jefe del Ejecutivo contra los poderes de declaración de guerra y apropiación del Congreso son un ejemplo vívido. Las interpretaciones excepcionales y controversiales de los poderes presidenciales, y especialmente de los poderes de estado de emergencia, han sido frecuentes en Latinoamérica. El argumento de que aquel que sea responsable de la seguridad nacional contra amenazas externas o internas deberá contar con los poderes para llevar a cabo dichas responsabilidades exitosamente, es muy convincente y tiene el potencial para superar todas las limitantes constitucionales impuestas a los poderes de los presidentes, quienes con frecuencia se ven demasiado ansiosos de declarar estados de emergencia. En dichas circunstancias, la interrogante aun para las cortes constitucionales más independientes, es si finalmente las dimensiones y grado de la supuesta emergencia, de hecho, justifican las acciones presidenciales no autorizadas por el Poder Legislativo. ¿Acaso tiene el presidente razones suficientemente válidas para ir más allá de los límites normales de sus poderes en tiempo de paz?

Aun fuera de situaciones de supuestas emergencias, los poderes presidenciales para administrar necesariamente se traslapan con los poderes legislativos para prescribir, por medio de reglamentos, la estructura y funciones de las agencias ejecutivas, y la asignación (o no asignación) de fondos para su operación. Si es que los presidentes pueden o no prohibir los gastos de fondos asignados por parte de las agencias que dependen del Ejecutivo, es una de las múltiples interrogantes relacionadas con los límites entre el legislativo y el ejecutivo que rara vez son dirimidas por un texto constitucional.

Las incertidumbres constitucionales también surgen cuando la Constitución crea explícitamente una situación de poder compartido, por ejemplo, cuando el poder de veto da al ejecutivo el Poder de legislar, o las previsiones de consejo y consentimiento dan un poco de poder ejecutivo

al legislativo. Sin importar qué tan absolutista sea el lenguaje empleado por los jueces, o qué tanta claridad textual adjudiquen éstos a las divisiones constitucionales, dichas cuestiones realmente pueden decidirse solamente al establecer una ponderación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, o decidir si el poder expansionista tiene o no razones suficientemente válidas para esa expansión.

Dado que las funciones ejecutivas y legislativas se traslapan necesariamente, y dado que las condiciones cambiantes del mundo real requieren de reacciones gubernamentales cambiantes, cuando surjan conflictos reales entre la autoridad presidencial y la autoridad legislativa, las cortes constitucionales deberán renovar necesariamente las ponderaciones entre dichas autoridades, inicialmente creadas en términos generales por los artífices de la Constitución. Típicamente, las afirmaciones expansionistas del Poder Ejecutivo se basan en reivindicaciones de circunstancias exigentes que requieren de reacciones del gobierno más rápidas y también más aceleradamente cambiantes de lo que las legislaturas pueden manejarlas. Las cortes constitucionales estarán mucho menos preocupadas por los textos constitucionales que por ponderar la gravedad de las amenazas y la necesidad de reacción rápida hacia ellas, contra una invasión potencial a la autoridad legislativa.

Los sistemas cuasi presidenciales en los cuales la Constitución asigna al presidente algo de poder para legislar de forma independiente, así como poder al parlamento y al primer ministro, crean deliberadamente la necesidad endémica para ponderar jurídicamente la autoridad presidencial con la autoridad parlamentaria. Por lo tanto, aun frente a su antipatía histórica contra la *judicial review*, Francia estableció una corte constitucional con poderes de revisión para ponderar los poderes legislativos parlamentarios con los poderes legislativos presidenciales cuando se promulgó una Constitución cuasi presidencial. Dicha *judicial review* puede expresarse como la vigilancia de los límites de competencias entre dos autoridades con capacidades legislativas. De hecho, muchas actividades del gobierno se traslapan, así que traslapan límites establecidos constitucionalmente que no son de suficiente preocupación para las cortes constitucionales, por ser límites estáticos, como lo es mantener algo de ponderación de poder entre dos ramas que permiten una reacción gubernamental efectiva ante circunstancias complejas y

cambiantes, como la tensión continua entre el presidente y la legislatura que la Constitución busca establecer.

II. FEDERALISMO

La ponderación constitucional es aún más evidente en la *judicial review* sobre asuntos de federalismo. En el campo de la lógica legal abstracta, los federalismos son un absurdo, pues aseguran que dos soberanos reinen sobre la misma persona o lugar. Tradicionalmente, las Constituciones federales y sus intérpretes buscan disfrazar el absurdo estableciendo un federalismo de “dos cajas” en el cual todas las actividades humanas se ubican en alguna de las dos, y una caja se asigna a cada soberano. Por esta razón, en federalismos capitalistas, como en los Estados Unidos y la Unión Europea, la empresa económica puramente local va a la caja de los estados miembros, y el comercio entre estados va a la del gobierno central. La defensa se podrá asignar al gobierno central y los asuntos culturales como la educación, a los gobiernos de los estados.

Invariablemente, sin embargo, muchas actividades reales del sector público y privado se traslapan a ambas cajas. Las actividades regulatorias del Estado intencionalmente dirigidas a proteger la salud o seguridad pública necesariamente afectarán las actividades económicas del estado, siempre que un negocio particular opere en más de un estado. Intencional o accidentalmente, dicha regulación del Estado algunas veces involucra dar ventajas a la economía de un estado que regula sobre las economías de otros estados. En cambio, la regulación gubernamental central de negocios que opera dentro de los límites federales, necesariamente se basa en intereses regulatorios del Estado. Es difícil en cualquier Estado moderno establecer un límite viable y definido entre las actividades nacionales y las puramente económicas. Las empresas económicas simplemente no pueden clasificarse en dos cajas.

Lo mismo puede decirse de las actividades culturales. La Constitución asigna la educación a los estados miembros. La educación superior contemporánea, sin embargo, está totalmente enredada con la investigación científica y tecnológica. La educación superior orientada a la investigación es tan especializada y costosa que en muchos países se concentra en una sola universidad. Esta universidad constitucionalmente puede pertenecer a un solo estado miembro, pero el financiamiento de la investiga-

ción que le da esa distinción podría ser nacional, tanto porque la investigación es una preocupación nacional, como porque su financiamiento se encuentra más allá de la capacidad financiera del estado propietario.

Sin importar la retórica jurídica utilizada, la *judicial review* en casos de federalismo casi invariablemente se limita a cuestiones de si los intereses perseguidos por un gobierno local o central específico son suficientes para justificar la invasión incidental de la otra soberanía. ¿Justifica el interés nacional de detener la caída de los precios de los granos durante una depresión económica la regulación de los productores que alimentan a su ganado con el grano que ellos mismos siembran, y que la leche de dicho ganado sea consumida en el estado miembro en que se produce?, ¿puede un estado miembro establecer un salario mínimo superior al salario mínimo nacional y, en ese caso, cuál salario aplica para trabajadores en una fábrica estatal cuyos productos se venden fuera del estado?, ¿es una ley de salud y seguridad de un estado miembro que requiera que la cerveza consumida dentro del estado contenga no más de 6% de alcohol, una invasión inconstitucional a los poderes de comercio nacional cuando se utiliza para prohibir la venta de cerveza con 8% de alcohol producida en otro estado, dentro del primero? Dichas cuestiones pueden dirimirse solamente ponderando los intereses de los gobiernos central y local, dado que ambos intereses son legítimos y caen dentro de sus cajas especificadas constitucionalmente.

III. DERECHOS INDIVIDUALES

La utilización de la ponderación de medios mínimos como técnica fundamental de la *judicial review* constitucional se demuestra más fácilmente sin el análisis detallado, para el cual no existe espacio en este ensayo, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Muchos casos de derechos involucran enfrentamientos de dos derechos protegidos por la Constitución. La libertad de expresión contra la privacidad es el *quid* de constitucionalidad de la ley de difamación. Las reclamaciones de acción afirmativa o positiva se basan en que los derechos de la mayoría no sean discriminados a favor de los derechos de los individuos de una minoría, quienes por sí mismos reclaman un tratamiento favorable ahora para compensar la violación a sus derechos contra la discriminación. El debido procedimiento criminal se considera cada vez

más como una cuestión de los derechos de los acusados contra los derechos de las víctimas al igual que como los derechos de los acusados contra los del estado. Los derechos de asociación o de organización política de los individuos que buscan formar grupos de odio se oponen a los derechos de aquéllos a los que odian. Los derechos de los trabajadores, consumidores, etcétera, podrían utilizarse contra los derechos de propiedad privada en estados cuyas Constituciones proclaman derechos positivos de vivienda, subsistencia y otros. Si dos derechos protegidos por la Constitución entran en conflicto, no existe otra opción más que ponderar.

En otras instancias, los derechos fundamentales y los intereses legítimos del estado se encuentran en conflicto potencial. Las leyes prohíben la publicación de planes o acciones militares en tiempo de guerra, la incitación a la sedición, contribuir con dinero a campañas políticas, defender el derrocamiento del gobierno por medio de la fuerza, la publicidad fraudulenta o la obscenidad; todo esto enfrenta a los derechos de libertad de expresión contra importantes intereses del Estado. El interés del gobierno en la procuración exitosa de justicia a los criminales deberá considerarse en relación con los derechos de los acusados. Los derechos de propiedad contra los intereses del gobierno en mantener una economía sana han sido un problema constitucional histórico.

En el análisis último, ningún derecho constitucional es absoluto. Siempre surgirán instancias en las cuales cualquier derecho, sin importar cuán sagrado sea, podrá invadirse justificablemente debido a otro derecho fundamental o interés público más preocupante. Dado que los derechos nunca son absolutos, la *judicial review* de los derechos constitucionales siempre involucra la interrogante de si el gobierno tiene o no una razón suficientemente válida para violar un derecho o, en otras palabras, si es que algún otro derecho o interés estaba en un riesgo suficientemente alto como para justificar la invasión contendida de otro derecho.

IV. MEDIOS MÍNIMOS (*LEAST MEANS*)

Hasta ahora he hablado sobre la ponderación de *medios mínimos* (*least means*) sin una explicación de lo que son. El significado de *medios mínimos* y su relación con la ponderación se muestra más fácilmente dentro del contexto de los derechos, aunque *medios mínimos* también operan en la división de poderes.

Cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto, como por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la reputación, cuando se trata de un asunto de la constitucionalidad de las leyes de difamación, ambos derechos son reconocidos como de gran valor. La violación de uno en defensa del otro podría ser inevitable. Dado que ambos son de valor, sin embargo, sucede que si la libertad de expresión es favorecida en la ponderación por encima del derecho a la reputación, entonces ésta deberá protegerse al costo mínimo posible del derecho de reputación. En otras palabras, en dos formas diferentes: al proteger el derecho o interés o poder más pesado, el gobierno deberá adoptar los medios menos dañinos al derecho o interés considerado como de menor peso; el gobierno no deberá adoptar una medida que invada desproporcionadamente un derecho o interés con la finalidad de proteger o fomentar otro. La lógica de que cuando dos derechos, intereses o poderes son de valor constitucional, uno deberá fomentarse al costo mínimo para el otro, se encontrará en las argumentaciones constitucionales en todas partes.

De hecho, aseveraría que todos los casos de derechos constitucionales necesariamente involucrarán *ponderación* y, por lo tanto, *medios mínimos*. Para los derechos no surgirán problemas y no irán a un tribunal a menos que algún derecho se declare violentado. Y el gobierno necesariamente deberá argumentar ante una corte constitucional que cualquier invasión de derechos que sea percibida, debe estar justificada dentro de los términos de la acción contendida del gobierno, en busca de algún derecho o interés importante. De igual manera, el análisis de *medios mínimos* surgirá para cada Constitución que divide poderes, ya sea entre órganos centrales de gobierno o entre gobiernos centrales y locales, o ambos. En el mundo real, constantemente surgirán fenómenos que traslapan las divisiones. Los poderes de una entidad de gobierno deberán ponderarse contra los de otra. Ambos se reconocen como legítimos y protegidos por la Constitución. Entonces, los poderes de la entidad que no será favorecida en la ponderación de la situación específica deberán restringirse lo menos posible.

Pocos abogados constitucionalistas en cualquier parte se detendrán ante el argumento de que una acción gubernamental específica contendida simplemente no invade ningún derecho fundamental o división gubernamental de poderes. Los defensores de la acción gubernamental, casi inevitablemente, añadirán que aun si se da una invasión, se justifica en la

ponderación, en la búsqueda de algún derecho vital o interés público. El primer grupo argumentará que el gobierno empleó el medio menos invasivo posible para su finalidad de justificar, y el otro argumentará que no.

V. RAZONABILIDAD

El análisis de medios mínimos también puede expresarse jurídicamente como razonabilidad, o análisis para dar buenas razones. Si el gobierno no puede dar muy buenas razones por las cuales invade un derecho constitucional o división de poderes, entonces habrá actuado inconstitucionalmente. Las buenas razones podrían consistir en mostrar que un fin buscado es legítimo y suficientemente importante para justificar la invasión, y que se ha realizado una invasión tan pequeña como fue posible, de acuerdo con el logro del fin. La acción gubernamental justificada de esta forma sería razonable y, por lo tanto, constitucional.

Si todas o casi todas las decisiones de *judicial review* constitucionales finalmente recaen en el análisis de ponderación de medios mínimos, entonces la *judicial review* constitucional será altamente autolimitante, al menos para cortes que reconocen abiertamente lo que están haciendo. Existen dos dimensiones para esta autolimitación. Primero, los gobiernos son capaces de dar muy buenas razones para sus presuntas violaciones de límites constitucionales, particularmente cuando se invoca a la seguridad nacional. El mundo se está volviendo cada vez más tecnológicamente complejo. Los jueces son personas comunes sin conocimientos tecnológicos. Mientras más obvio se vuelve que en realidad no pueden comprender las razones tecnológicas justificantes que el gobierno ofrece, más difícil es para los jueces culpar persuasivamente a esas razones y ejercer legítimamente su poder constitucional de veto. Las nuevas técnicas para “minería de datos” en telecomunicaciones, por ejemplo, combinan técnicas electrónicas, de estadística y de rompimiento de códigos muy diferentes al antiguo agente de policía que escuchaba en una ventana abierta, o colocaba un micrófono a través de la pared. Los jueces difícilmente pueden alegar que comprenden lo que el gobierno está haciendo, o que puedan concebir qué técnicas alternativas serían igualmente efectivas contra el terrorismo, pero menos invasivas. A menos que sean capaces de realizar dichas aseveraciones, difícilmente se encuentran en una posición para hacer respetar los requerimientos de las garantías constitucionales y

los derechos de privacidad contra el caso razonado del gobierno para emplear dichas técnicas antiterroristas.

La segunda dimensión de límites autoimpuestos de *judicial review* constitucional hace surgir a la muy jurídica y lógica de ponderación de los medios mínimos mismos. Si el gobierno debe elegir los medios para lograr su fin legítimo como los medios menos invasivos al derecho constitucional, en la ponderación buscará ignorarlos justificadamente, luego las cortes constitucionales deberán ilustrar todos los medios alternativos que el gobierno podría haber empleado. Las cortes deben hacer esto con el fin de determinar si es que algún medio diferente de los empleados por el gobierno pudiera ser suficientemente efectivo para lograr la meta del gobierno con una invasión menor de los derechos fundamentales. Idear e ilustrar diversos métodos para lograr un fin es, sin embargo, precisamente lo que se supone que las legislaturas deben hacer. El ejercicio jurídico abierto de la *ponderación de medios mínimos* divulga dramáticamente la naturaleza esencial legislativa de la *judicial review* constitucional. Los jueces que rechazan una ley, esencialmente están diciendo al legislador que:

Hemos considerado el mismo conjunto de propuestas de alternativas legales con las que ustedes cuentan. Elegimos una diferente a la de ustedes porque creemos que nuestra opción funciona tan bien como la de ustedes, pero con menos perjuicio a los derechos constitucionales o las limitaciones de la división de poderes sobre el gobierno. Por lo tanto, su alternativa es inconstitucional. Vetamos la suya y les sugerimos que adopten la nuestra en el futuro.

Una corte de ponderación de medios mínimos invita a intereses bien organizados y de altos recursos, a emplear defensores que presenten alternativas legales atractivas a los jueces. Por esta razón, el cabildeo de la legislatura y del litigio constitucional se considera como un empleo sucesivo o alternativo del mismo discurso. Las cortes solamente pueden exponer los aspectos legislativos de la *judicial review* constitucional en pocas ocasiones antes de que se les acuse de ser super legislaturas en vez de cortes.

La reivindicación académica de que las políticas se han vuelto más “judicializadas”, particularmente a través de la extensión de la institución de *judicial review* constitucional, probablemente deberían aceptarse con

cautela, aunque el fenómeno es indudablemente menos “general” de lo que se le considera algunas veces. Más aún, cuando la *judicial review* constitucional ha entrado en acción, su carácter fundamental de ponderación de razonabilidad o su análisis de ponderación de medios mínimos le da una característica autolimitante por encima y más allá de las limitaciones impuestas en las cortes por su falta de propósito o fuerza. Las cortes constitucionales muestran su función esencialmente legislativa cada vez que vetan leyes promulgadas por las legislaturas. No pueden hacerlo muy frecuentemente si desean conservar la legitimidad obtenida de su estatus percibido como cortes.

CONSTITUTIONAL JUSTICE: AN EFFECTIVE GUARANTEE OF CONSTITUTIONALISM (LITHUANIAN EXPERIENCE)

S. STAIOKAS*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *What is the Role of the Constitutional Justice in the Balance of Power (Legislature, Executive Power, Judiciary)?* III. *The Stability of the Constitution and the Possibility of its Evolution*. IV. *Legislative Omission as a Problem of the Constitutional Control*. V. *What are the Difficulties Encountered by the Constitutional Court in its Functioning and the Fulfilment of its Mission – Administering of the Constitutional Justice?* VI. *Instead the Conclusions*.

I. INTRODUCTION

The Constitution of the Republic of Lithuania¹ was adopted by referendum—the voting of the entire Nation—on 25 October 1992. The referendum in which the Constitution was adopted was organised according to the democratic legal traditions of the State of Lithuania (Constitutional Court ruling of 22 July 1994).² The source of the Constitution is the national community, the civil Nation, itself.

* Justice of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

¹ The 25 October 1992 Constitution of the Republic of Lithuania (*Official Gazette Valstybės žinios*, 1992, no. 33-1014).

² The 22 July 1994 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of the provisions of items 1, 9, 12 and 39 of the Law “On Amending and Appending the Law of the Republic of Lithuania on Referendum” of 15 June 1994, by which Articles 1, 9, 12 and 32 of the Law on Referendum have been amended or appended, with the Constitution of the Republic of Lithuania” (*Official Gazette Valstybės žinios*, 1994, no. 57-1120).

The Constitution is an act of the supreme legal power. The Constitution reflects a social agreement—a democratically accepted obligation by all the citizens of the Republic of Lithuania to the current and future generations to live according to the fundamental rules entrenched in the Constitution and to obey them in order to ensure the legitimacy of the governing power, the legitimacy of its decisions, as well as to ensure human rights and freedoms, so that the concord would exist in the society. As an act of the supreme legal power and social agreement, the Constitution is based on universal, unquestionable values, which are belonging of the sovereignty to the Nation, democracy, recognition of human rights and freedoms and respect for them, respect for law and the rule of law, limitation of the scope of powers, duty of state institutions to serve the people and their responsibility to the society, public spirit, justice, striving for an open, just, and harmonious civil society and state under the rule of law. The Constitution provides the bases of relationships between a person and the state, formation and functioning of public government, the national economy, local self-government, other major relationships of life of the society and the state. Having adopted the Constitution, the civil Nation formed the standardised basis for the common life of its own, as the state community, and consolidated the state as the common good of the entire society. The Nation usually amends the Constitution directly or through its democratically elected representatives and only according to the rules established in the Constitution itself. The Constitution is supreme law. It provides the guidelines for the entire legal system—the entire legal system is created on the basis of the Constitution (Constitutional Court rulings of 25 May 2004,³ 13 December 2004).⁴

Article 1 of the Constitution of the Republic of Lithuania provides: “The State of Lithuania shall be an independent and democratic republic”.

³ The 25 May 2004 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of Article 1 (wording of 4 May 2004) and paragraph 2 (wording of 4 May 2004) of Article 2 of the Republic of Lithuania Law on Presidential Elections with the Constitution of the Republic of Lithuania” (*Official Gazette* Valstybės žinios, 2004, No. 85-3094).

⁴ The 13 December 2004 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of some legal acts whereby the relations of state service and those linked thereto are regulated with the Constitution of the Republic of Lithuania and laws” (*Official Gazette* Valstybės žinios, 2004, no. 181-6708).

The Constitutional Court in its ruling of 23 February 2000⁵ noted that “in this article of the Constitution the fundamental principles of the Lithuanian State are established: the Lithuanian State is free and independent; the republic is the form of governance of the Lithuanian State; the state power must be organised in a democratic way, and there must be a democratic political regime in this country”.

The provisions of Article 1 of the Constitution, as well as the principle of the state under the rule of Law established in the Preamble to the Constitution as well as in other provisions of the Constitution, determine the main principles of the organisation and activities of the state power of the State of Lithuania.

Paragraph 1 of Article 5 of the Constitution provides that in Lithuania, the powers of the State shall be exercised by the Seimas, the President of the Republic and the Government, and the Judiciary. This constitutional norm established the principle of separation of powers. This is a fundamental principle of the organisation and activities of a democratic state under the rule of Law. In its rulings the Constitutional Court has noted many times that this principle means that the legislative, executive and judicial powers must be separated, sufficiently independent, and that there must be a balance between them. Every power is exercised through its institutions which are granted the competence corresponding to their purpose.

Justice, an open and harmonious civil society, a state under the rule of law would never be possible if whole state power becomes concentrated in a certain single institution of state power. The Constitution consolidates the organisation of the institutions executing state power and procedure of their formation, which ensures a balance between the institutions of state power, the counterbalance of the authority of certain institutions of state power to the authority of other institutions of state power, the harmonious activity of all the institutions executing state power and execution of their constitutional duty to serve the people, the solution by the Constitutional Court of disputes related to the authority ves-

⁵ The 23 February 2000 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of 14 January 1998 Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 36 ”On the Introduction of Labels of the 1998 Standard for Marking Tobacco Products and Alcoholic Drinks” with the Constitution of the Republic of Lithuania and Part 1 of Article 8 and Part 1 of Article 12 of the Republic of Lithuania Law on Enterprises” (*Official Gazette* Valstybės žinios, 2000, no. 17-419).

ted by the Constitution in the institutions of state power, the formation of all the institutions executing state power, the Seimas, the President of the Republic, the Government, the Judiciary, as well as other state institutions only from the citizens, who without reservations obey the Constitution adopted by the Nation and who, while in office, unconditionally follow the Constitution, law, the interests of the Nation and the State of Lithuania.

II. WHAT IS THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE BALANCE OF POWER (LEGISLATURE, EXECUTIVE POWER, JUDICIARY)?

Constitutional Court of the Republic of Lithuania, according to the Constitution, is empowered to make decisions which can not be appealed and it is the last instance for constitutional cases. Under Paragraph 1 of Article 102 of the Constitution the Constitutional Court shall decide whether the laws and other acts of the Seimas are not in conflict with the Constitution and whether the acts of the President of the Republic and the Government are not in conflict with the Constitution or laws. More over, in Paragraph 1 of Article 107 of the Constitution it is established that a law (or part thereof) of the Republic of Lithuania or other act (or part thereof) of the Seimas, act of the President of the Republic, act (or part thereof) of the Government may not be applied from the day of official promulgation of the decision of the Constitutional Court that the act in question (or part thereof) is in conflict with the Constitution. Thus, the *erga omnes* model of constitutional control is consolidated in the Constitution (Constitutional Court ruling of 28 March 2006.⁶ Therefore, the formal powers of Lithuanian Constitutional Court are strong enough to exercise judicial review of *inter alia* legislature.

A certain danger may arise when the authority of the state is split in several bodies and then none of them is strong enough to act constitutionally.

⁶ The 28 March 2006 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling "On the compliance of item 2 of paragraph 1 of Article 62, paragraph 4 (wording of 11 July 1996) of Article 69 of the Republic of Lithuania Law on the Constitutional Court and paragraph 3 (wording of 24 January 2002) of Article 11, paragraph 2 (wording of 24 January 2002) of Article 96 of the Republic of Lithuania Law on Courts with the Constitution of the Republic of Lithuania" (*Official Gazette* Valstybės žinios, 2006, no. 36-1292).

nally in a possible conflict. The logic of parliamentarism would suggest that the representative body should be recognized as supreme. Then it will be the last instance in discussion of constitutional matters. However, there are some arguments supporting the position that Constitutional Court should be the final stage among the state authorities in states with written constitutions.

Despite some tendencies to non-positivistic concept of the rule of law, Lithuania always had positivistic orientation in legal tradition. The Constitution of the Republic in detail clarifies the main constitutional principles of society and state. Hence, the function of the Constitutional Court is to interpret the Constitution. Of course, there is no clear distinction between interpretation of the Constitution and making new rules. It is rather clear, that a certain degree of judicial law-making exists even in the society where legislator is working really well. General rules of the Parliament are not able to cover every particular question in detail. Otherwise, danger of the formal legality would arise, and that would be a step away from the justice. In Lithuanian the judicial interpretation of the Constitution will involve the Constitutional Court to the wide extent of the law-making and does not cause sufficient danger of concentration of too influential authority in one body.

The allocation of this function to the Parliament is not appropriate because of several reasons. Political interests may facilitate unconstitutional decisions of the Parliament. Being non competent in particular constitutional matters, the members of the Parliament may obey the order of their party and vote for a law or other legal act which does not correspond to the basic law of the state. Then it might be difficult to avoid the collision of laws and to stabilize the legal system. In any case the Parliament always has a power to say final word in these discussions. It has the power to amend the Constitution. But then the way of reaching egoistic political interests becomes more complicated.

The next question I will discuss is to what extent the Constitutional Court is a political institution and to what extent judicial. Without any doubt, the body has a hybrid nature. On the one hand, the Constitutional Court interprets laws, passes judgments and therefore it can be described as judicial body. On the other hand, this judicial body is also involved in the system of separation of powers; it participates in the system of “brakes and balances”. Nevertheless, its function in political arena is exerci-

sed through the judicial function - by interpreting laws and passing judgments.

It is worth the Constitutional Court ruling of 6 June 2006⁷ in this context. In this case a group of Members of the Seimas (Parliament of Lithuania), the petitioner, applied to the Constitutional Court with a petition, requesting to investigate whether some norms of the Law on the Constitutional Court was not in conflict with Paragraphs 1 and 2 of Article 5, Paragraph 1 of Article 111, Chapters VIII and IX of the Constitution. The petition of the petitioner, requesting to investigate whether the title “The Constitutional Court - a Judicial Institution” and Paragraph 3 of Article 1 of the Republic of Lithuania Law on the Constitutional Court, under which the Constitutional Court shall be a free and independent court which implements judicial power according to the procedure established by the Constitution and this Law, were not in conflict with Paragraphs 1 and 2 of Article 5 and Paragraph 1 of Article 111 of the Constitution was based on the following arguments: in Paragraph 1 of Article 5 of the Constitution it is established that in Lithuania, state power shall be executed by the Seimas, the President of the Republic and the Government, and the Judiciary. Under Paragraph 1 of Article 111 of the Constitution, the courts of the Republic of Lithuania shall be the Supreme Court of Lithuania, the Court of Appeal of Lithuania, regional courts and local courts. According to the petitioner, the Constitutional Court is not included in this “final list”, while separate Chapter VIII of the Constitution is designated to it. According to the petitioner, under Paragraph 2 of Article 5, the scope of power shall be limited by the Constitution. The fact that Chapter IX of the Constitution is designated to the Court, which executes state power, and separate Chapter VIII of the Constitution—to the Constitutional Court, certifies that under the Constitution, the Constitutional Court is not a court and it does not execute state power.

The Constitutional Court held that the courts that under the Constitution implement judicial power in Lithuania are to be attributed not to

⁷ The 6 June 2006 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of the title “the Constitutional Court—a judicial institution” of Article 1 of the Law on the Constitutional Court of the Republic of Lithuania and of paragraph 3 of the same Article with the Constitution of the Republic of Lithuania” (*Official Gazette Valstybės žinios*, 2006, no. 65-2400).

one, but to two or more (if that, taking account of the Constitution, is established in certain laws) systems of the courts. Under the Constitution and laws, at present in Lithuania there are three systems of courts: (1) the Constitutional Court executes constitutional judicial control; (2) the Supreme Court of Lithuania, the Court of Appeal of Lithuania, regional courts and local courts, specified in Paragraph 1 of Article 111 of the Constitution, constitute the system of courts of general jurisdiction; (3) under Paragraph 2 of Article 111 of the Constitution, for the consideration of administrative, labour, family and cases of other categories, specialised courts may be established to law; one system of specialised courts, namely, administrative ones, which is composed of the Supreme Administrative Court of Lithuania and regional administrative courts, is established and is functioning at present.

The Constitutional Court provided that under the Constitution, the Constitutional Court is the institution of constitutional justice, which implements constitutional judicial control. The Constitutional Court has held in its acts more than once that when deciding, under its competence, on the compliance of legal acts of lower power (parts thereof) with legal acts of greater power, *inter alia* (and, first of all) with the Constitution, as well as when executing its other constitutional powers, the Constitutional Court - an individual and independent court - administers constitutional justice and guarantees the supremacy of the Constitution in the legal system and constitutional legitimacy. The title —the Constitutional Court— of the constitutional justice institution which is ascribed to execute constitutional judicial control is *expressis verbis* entrenched in the Constitution itself. Thus a state power institution, which is named as a court in the Constitution itself, in its constitutional nature may not be considered as not a court, i.e. as not a judicial institution.

According to the Constitutional Court the mere fact that there are separate Chapters “The Court” and “The Constitutional Court” in the Constitution, is not and may not be a basis to construe that, allegedly, as it seems to the petitioner, the Constitutional Court is not a court-part of the judicial power and is somewhere out of the limits of the judiciary system. On the contrary, the fact that there are two separate Chapters “The Court” and “The Constitutional Court” in the Constitution does not deny the fact that the Constitutional Court which, under the Constitution, executes constitutional judicial control, is a part of the system of courts,

but it emphasizes its particular status in the system of judicial power as well as in the system of all the state institutions executing state power; in this way, the peculiarities of the constitutional purpose and competence of the Constitutional Court are emphasized.

The Constitutional Court emphasized that the presumption made by the petitioner that the Constitutional Court is not a court and does not implement state power was not in line with the concept of power and the powers of the Constitutional Court established in the Constitution at all. The fact that under the Constitution, the Constitutional Court has the powers to recognize legal acts of other institutions that implement state power—the Seimas, the President of the Republic, the Government—as being in conflict with legal acts of greater power, first of all, with the Constitution, and, thus, to abolish the legal power of these acts and to remove these legal acts from the Lithuanian legal system for good, the fact that only the Constitutional Court has the constitutional powers to construe the Constitution officially - to provide with the concept of the provisions of the Constitution which is binding on all the law-making and law-applying institutions as well as on the Seimas, the representation of the Nation, obviously testify that the Constitutional Court may not be an institution not implementing state power. The presumption made by the petitioner that the Constitutional Court is not a court and does not implement state power is utterly irrational, not only is it not in line with the constitutional concept of state power implementing institutions—it strikes the *raison d'être* of the petition of the petitioner himself in this constitutional justice case, since, as states the petitioner, if the Constitutional Court is not a court and does not implement state power, it is not comprehensible why the petitioner applies namely to this court, requesting to investigate whether a legal act, passed by the Seimas—one of the institutions implementing state power (in this case—legislative power) is not in conflict with the Constitution.

III. THE STABILITY OF THE CONSTITUTION AND THE POSSIBILITY OF ITS EVOLUTION

It is universally recognized that one of the most important features of the stable democracy and the state under the rule of Law is the stable Constitution and the legal order which is based on the Constitution. It is

often emphasized that guarantees of the Constitution's stability are fixed in its text while establishing the complicated procedure of its amending (Chapter 14 of the Constitution of the Republic of Lithuania). This fact is noted even by the initiator of the constitutional doctrine Albert Venn Dicey.⁸ However, it is urgent to stress that this is only formal characterization of the Constitution's stability. But it is more important to understand the notional, valuable stability of the Constitution which means that the Constitution is the system of permanent values of Law. This is an evident fact because of the priority of the contemporary constitutional and international law and their main institution – the protection of human rights. The evolution of the institution of constitutional human rights also stimulates formation and establishment of other constitutional institutions and principles (for example, the limitation of powers and the separation of powers, the independence of courts, the rule of Law and the others) in democratic states and their international policy and law. This notional or valuable stability of the Constitution is guaranteed differently; *i. e.* not only establishing the complicated procedure of its amending. At first, the stability of the Constitution is guaranteed by the interpretation of the valid Constitution: this interpretation is realised by the Constitutional Court which formulates the constitutional doctrine of Lithuania. However, the powers of the Constitutional Court are limited by the text of the Constitution itself if this text allows only limited guarantee of one or the other value (from standpoint of the comparative constitutional or international law).

The valuable stability of the Constitution is also guaranteed by the measures of the legislative power, but with such a condition that they don't overstep formal and notional limits of the Constitution. Besides, the stability of the Constitution is guaranteed by proper and legal activities of courts of general competence or administrative courts, but with such a condition that courts and the other institutions are active and really defend constitutional human rights. While estimating that fact, it can be said that the stability of the Constitution is its reality at the same time – it must be realised, but not be formal or even fictitious. Can the constitutional provision, which guarantees human rights in the less proportion than the European Convention for the protection of human rights

⁸ Dicey, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th. ed., Houndmills, Basingstoke, Hampshire: Macmillan Education Ltd., 1993.

and fundamental freedoms and the jurisprudence of the European Court for human rights do, be real and proper? Of course, it can not be. So it is an evident fact that the constitutional provisions must be amended and improved for the aim that they (and the Constitution itself) would be real and at the same time stable when some constitutional provisions are not notionally proper.

Democracy and law are not only universal values; they are also social values of every nation which are based on the historical experience of the state's self-dependence and constitutional traditions. Thus, the universal experience of nations of the world and Europe must be harmonized with traditions of every nation and perspectives of democracy and development of the constitutionalism. It can be and must be done through the comparative constitutionalism or through the comparative constitutional law and it's relation with the international law. Thus, the conclusion can be done, that the amendments of the Constitution are possible and even necessary sometimes because of the change of the system of internal and international values of democracy and constitutionalism.

The formation of the Constitution is not a single act. The Constitution is adopted only by a single act. The development of the Lithuanian Constitution didn't finish with the adoption of it. Every step of the constitutional development is significant for the protection and defence of the human liberty and welfare.

Thus, it is to be emphasized that the formulation of the official constitutional doctrine (both as a whole and on every individual issue of the constitutional legal regulation) is not a one time act but a gradual and consecutive process. This process is uninterrupted and is never fully finished because since the nature of the Constitution as the act of the supreme legal power itself and the idea of the constitutionality imply that the Constitution may not have, nor does it have any gaps or internal contradictions (Constitutional Court rulings of 25 May 2004⁹ and 13 December 2004)¹⁰ - while construing the norms and principles of the Constitution, which are expli-

⁹ The 25 May 2004 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling "On the compliance of Article 1¹ (wording of 4 May 2004) and paragraph 2 (wording of 4 May 2004) of Article 2 of the Republic of Lithuania Law on Presidential Elections with the Constitution of the Republic of Lithuania" (*Official Gazette Valstybės žinios*, 2004, No. 85-3094).

¹⁰ The 13 December 2004 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling "On the compliance of some legal acts whereby the relations of state service and those

citly and implicitly entrenched in the text of the Constitution and which constitute a harmonious system, the possibility, if it is necessary because of the logic of the considered constitutional justice case, to formulate the official constitutional doctrinal provisions (*i. e.* to reveal such aspects of constitutional legal regulation) which have not been formulated in the acts of the Constitutional Court adopted in previous constitutional justice cases, never disappears. When the Constitutional Court considers new constitutional justice cases every time subsequent to petitions of petitioners, the official constitutional doctrine formulated in the previous acts of the Constitutional Court (on every individual issue on the constitutional legal regulation which is important to a corresponding case) is every time supplemented by new fragments. Thus, by formulating new official constitutional doctrinal provisions the diversity and completeness of the legal regulation entrenched in the Constitution-the supreme legal act-is revealed (Constitutional Court ruling of 28 March 2006).¹¹

The Constitutional Court has held that the Constitution, as supreme law, must be a stable act (Constitutional Court rulings of 16 January 2006)¹²

linked thereto are regulated with the Constitution of the Republic of Lithuania and laws” (*Official Gazette Valstybės žinios*, 2004, no. 181-6708).

¹¹ The 28 March 2006 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of item 2 of paragraph 1 of Article 62, paragraph 4 (wording of 11 July 1996) of Article 69 of the Republic of Lithuania Law on the Constitutional Court and paragraph 3 (wording of 24 January 2002) of Article 11, paragraph 2 (wording of 24 January 2002) of Article 96 of the Republic of Lithuania Law on Courts with the Constitution of the Republic of Lithuania” (*Official Gazette Valstybės žinios*, 2006, no. 36-1292).

¹² The 16 January 2006 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of paragraph 4 (wording of 11 September 2001) of Article 131 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania, on the compliance of paragraph 5 (wordings of 10 April 2003 and 16 September 2003) of Article 234, paragraph 2 (wordings of 10 April 2003 and 16 September 2003) of Article 244, Article 407 (wording of 19 June 2003), paragraph 1 (wording of 14 March 2002) of Article 408, paragraphs 2 and 3 (wording of 14 March 2002) of Article 412, paragraph 5 (wording of 14 March 2002) of Article 413 and paragraph 2 (wording of 14 March 2002) of Article 414 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania and on the petitions of the Šiauliai district local court, the petitioner, requesting to investigate whether Article 410 (wording of 14 March 2002) of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania is not in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania” (*Official Gazette Valstybės žinios*, 2006, no. 7-254).

and 14 March 2006).¹³ The stability of the Constitution is such its feature which, together with its other features (inter alia and first of all with the special, supreme legal power of the Constitution) makes the constitutional legal regulation different from the legal (ordinary) regulation established by legal acts of lower legal power (Constitutional Court ruling of 14 March 2006)¹⁴ and the Constitution-different from all the rest legal acts. The stability of the Constitution is a great constitutional value.

One of the conditions ensuring the stability of the Constitution as a legal reality is the stability of its text. It was mentioned that the nature of the Constitution, the idea of constitutionality implies that the Constitution may not have and has no gaps or internal contradictions. Thus, the text of the Constitution should not be corrected, for example, only after the terminology, inter alia legal terminology, has changed (Constitutional Court ruling of 16 January 2006).¹⁵ The meaning of the Constitution as an extremely stable legal act would also be ignored if the intervention to its text would be made every time when certain social relations which are regulated by law undergo changes (for example, technological possibilities of certain kinds of activity expand so much, which maybe were impossible to predict at the time when the text of the Constitution was created).

¹³ The 14 March 2006 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling "On the compliance of the provisions of the Republic of Lithuania Law on Protected Territories, the Republic of Lithuania Forestry Law, the Republic of Lithuania Law on Land, and the Regulation for construction on private land approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 1608 "On approving the Regulation for construction on private land" of 22 December 1995 with the Constitution of the Republic of Lithuania, on the compliance of the provisions of the Republic of Lithuania law on Protected Territories and the Republic of Lithuania Law on Land Reform with the provisions of the Constitutional Law on the entities, procedure, terms and conditions and restrictions of the acquisition into ownership of land plots provided for in paragraph 2 of Article 47 of the Constitution of the Republic of Lithuania (wording of 20 June 1996) as well as on the compliance of item 2 of the Regulation for construction on private land approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 1608 "On approving the Regulation for construction on private land" of 22 December 1995 with the provisions of the Republic of Lithuania Forestry Law and the Republic of Lithuania Law on Land" (*Official Gazette Valstybės žinios*, 2006, No. 30-1050).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Dicey A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., note 8.

In this context it is particularly to be emphasized that the further construction and development of the official constitutional doctrine, *inter alia* the reinterpretation of the official constitutional doctrinal provisions, also such, when the official constitutional doctrine is corrected, in the acts of the Constitutional Court adopted in new constitutional justice cases, allow to reveal the deep potential of the Constitution without changing its text and in this aspect to apply the Constitution to the changes of social life, to constantly changing living conditions of society and the state and to ensure the viability of the Constitution as the fundamental of life of society and the state. The formation and development of the official constitutional doctrine is a function of constitutional justice. In the acts of the Constitutional Court adopted in new constitutional justice cases, by further construing and developing, *inter alia* reinterpreting, the official constitutional doctrinal provisions, also so that the official constitutional doctrine is corrected, it is prompted not to make any intervention to the text of the Constitution when such intervention is not legally necessary. Alongside, thus one contributes to the ensuring of the stability of the text of the Constitution and the constitutional order.

IV. LEGISLATIVE OMISSION AS A PROBLEM OF THE CONSTITUTIONAL CONTROL

It is no doubt that legislative omission is one of the most problematic issues in a modern constitutional jurisprudence. Probably no one will argue that each Constitutional Court or other relevant institution executing the function of constitutional control has faced in one or another way the difficulties solving the question of compliance of legal act with Constitution or another legal act of higher power than the legal act which is argued in a view of legislative omission. It should be noted that usually there is no special explicit legal provisions (at least in Lithuania) which Constitutional Courts could follow in such cases. That is why in many cases it is up to these Courts to construe (interpret) norms and principles of Constitution and other legal documents, to formulate legal doctrine of legislative omission executing constitutional control.

Exchange of experience between Constitutional Courts in this particular question is of great importance and relevance. This fact can be proved just saying that the Circle of Presidents of the Conference of European

Constitutional Courts on 7 September, 2006 (in Vilnius) *inter alia* established that the topic for discussion in the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts will be “Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence”.

I would like to share the experience of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, which from my point of view has already made important steps for clarity of constitutional control in the view of legislative omission.

In the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (*inter alia* the ruling of 25 January 2001,¹⁶ the decisions of 6 May 2003,¹⁷ 13 May 2003,¹⁸ 16 April 2004,¹⁹ the ruling of 13 December

¹⁶ The 25 January 2001 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of Article 23, Paragraph 2 of Article 38, Paragraph 5 of Article 41, Paragraph 5 of Article 152, Paragraph 4 of Article 155, Paragraph 5 of Article 156, Article 180, Paragraphs 4 and 11 of Article 208 and Paragraph 3 of Article 231 of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2001, no. 10-295).

¹⁷ The 6 May 2003 Constitutional Court of the Republic of Lithuania decision “On the request of the Panevėžys regional administrative court to investigate the compliance of norms of the Republic of Lithuania Law on Levies with the Constitution of the Republic of Lithuania as well as the compliance of provisions of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 1458 “On the confirmation of the List of Objects of State Levy and its amounts as well as the Procedure for its payment and returning” of 15 December 2000 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Laws” (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, no. 45-2031).

¹⁸ The 13 May 2003 Constitutional Court of the Republic of Lithuania decision “On the petition of the Supreme Administrative Court of Lithuania requesting to investigate whether the Republic of Lithuania Law on the amendment of Article 24 and the recognition of Articles 23 and 32 of the Law on Social Insurance Pensions as no longer valid is not in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, no. 48-2133).

¹⁹ The 16 April 2004 Constitutional Court of the Republic of Lithuania decision “On the petition of a group of members of the Seimas, the petitioner, requesting to investigate whether Chapter XXXVIII of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania and certain provisions of this Chapter, as well as Seimas of the Republic of Lithuania Resolution No. IX-1954 “On the formation of the special investigation commission” of 23 December 2003 are not in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania, also whether the Regulation of the special investigation commission formed by Seimas of the Republic of Lithuania Resolution No. IX-1954 of 23 December 2003, approved by Decision No. 1 of 30 December 2003 of the special investigation commission in order to investigate the reasonableness and seriousness of the charges brought against the President of the Republic Rolandas Paksas and to draw up a conclusion regarding the proposal to

2004²⁰) there is the provision that the Constitutional Court enjoys the constitutional powers not only to hold that there is a legal gap, *inter alia* legislative omission, in the investigated legal act of lower power (part thereof), but also by its ruling adopted in the constitutional justice case it can recognise such legal regulation as being in conflict with legal acts of higher power, *inter alia* the Constitution.

One of the latest decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania concerned with the topic that is analysed here was adopted on 8 August, 2006.²¹ Therein the Constitutional Court has precisely formulated definition (the concept) of legislative omission. It also expressed very clear position how to distinguish legal gaps as legislative omissions and other legal gaps. The criteria of this distinction should encourage courts of general jurisdiction and specialized courts to solve cases con-

institute the impeachment proceedings formed by Seimas of the Republic of Lithuania Resolution No. IX-1954 and certain provisions of this regulation are not in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania, the provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Covenant on Civil and Political Rights, and of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2004, no. 57-2006).

²⁰ The 13 December 2004 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of some legal acts whereby the relations of state service and those linked thereto are regulated with the Constitution of the Republic of Lithuania and laws” (Official Gazette Valstybės žinios, 2004, no. 181-6708).

²¹ The 8 August 2006 Constitutional Court of the Republic of Lithuania decision “On dismissing the legal proceedings in the case subsequent to the petition of the Third Vilnius city local court, the petitioner, requesting to investigate as to whether paragraph 3 (wording of 24 January 2002) of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on Courts is not in conflict with paragraph 2 of Article 5, paragraphs 2 and 3 of Article 109, paragraph 1 of Article 114 of the Constitution of the Republic of Lithuania and the Constitutional Principle of a state under the rule of law, whether the Republic of Lithuania Law on Remuneration for Work of State Politicians, Judges and State Officials (wording of 29 August 2000 with subsequent amendments and supplements) is not in conflict with Article 5, paragraph 1 of Article 30, paragraphs 2 and 3 of Article 109 and paragraph 1 of Article 114 of the Constitution of the Republic of Lithuania and the constitutional principle of a state under the rule of law, and whether item 1 of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 1494 On the partial amendment of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 689 On Remuneration for work of chief officials and officers of law and order institutions and of law enforcement and control institutions” of 30 June 1997 of 28 December 1999 is not in conflict with Article 1, paragraph 1 of Article 5, paragraphs 2 and 3 of Article 109 and paragraph 1 of Article 114 of the Constitution of the Republic of Lithuania and the constitutional principle of a state under the rule of law (Official Gazette Valstybės žinios, 2006, no. 88-3475).

cerned with legal gaps which are not recognized as legislative omission directly *ad hoc* when administering justice. It is also a practical mean for other petitioners (not less than one fifth members of the Parliament, the Government and the President of the Republic of Lithuania) who according to the Constitution can raise the issue of the constitutionality of a legal act. Identifying legal gaps of non legislative omission nature in legal regulation they should not apply to the Constitutional Court with petitions but take necessary legislative measures themselves to improve legal regulation (legislation) first. It should be particularly noted that this question is solved even in the scope of such legal gaps which can appear because the Constitutional Court executing his functions excludes unconstitutional legal regulation from legal system. So I would like to present some ideas in more detailed way, using some quotes from aforementioned decision where it is necessary to be precise.

Concerning the Constitutional definition of legislative omission the Constitutional Court held that

...a legal gap, *inter alia* legislative omission, always means that the legal regulation of corresponding social relations is established neither explicitly nor implicitly, neither in the said legal act (part thereof) nor in any other legal acts, even though there exists a need for legal regulation of these social relations, while the said legal regulation, in case of legislative omission, must be established, while heeding the imperatives of the consistency and inner uniformity of the legal system stemming from the Constitution and taking account of the content of these social relations, precisely in that legal act (precisely in that part thereof), since this is required by a certain legal act of higher power, *inter alia* the Constitution itself... Legislative omission means that the corresponding legal regulation is not established in that legal act (part thereof), although, under the Constitution (or some other act of legal act of higher power, the compliance of the investigated legal act (part thereof) of lower power with which is assessed), it must be established precisely in that legal act (or precisely in that part thereof).

So holding that, the Constitutional Court notes that „it is necessary to distinguish legislative omission, as a consequence of an action by the law-making subject that issued a corresponding legal act, from the legal gaps that appeared due to the fact that the necessary law-making actions were not undertaken at all, neither one nor another law-making subject

issued a legal act designated for regulation of certain social relations, and due to this these social relations remained legally not regulated“.

The Constitutional Court is able to recognise corresponding legal regulation as being in conflict with legal acts of higher power, inter alia the Constitution, but it is necessary to follow certain conditions, which are defined in the jurisprudence of the Constitutional Court (inter alia in the aforesaid Constitutional Court rulings and decisions), namely:

1) if the laws and other legal acts (parts thereof) of lower power do not establish certain legal regulation, the Constitutional Court has constitutional powers to recognise these laws or other legal acts (parts thereof) as being in conflict with the Constitution or other legal acts of higher power in cases when due to the fact that the said legal regulation is not established in precisely the investigated laws or other legal acts (precisely in the investigated parts thereof), the principles and/or norms of the Constitution, the provisions of other legal acts of higher power might be violated;

2) in the cases when the law or other legal act (part thereof), which is disputed by the petitioner and which is investigated by the Constitutional Court, does not establish certain legal regulation which, under the Constitution (and if a substatory act (part thereof) of the Seimas, and act (part thereof) of the President of the Republic or the Government is disputed—also under the laws) need not be established precisely in the disputed legal act (precisely in that part thereof), the Constitutional Court holds that the matter of investigation is absent in the case on the petition of the petitioner—this is the basis to dismiss the instituted legal proceedings/ case.

The Constitutional Court held that it is also necessary to take account of how the said legal gap appeared: whether it is legislative omission, created by a law-making action of the subject who passed a corresponding legal act (*i. e. due to the fact that, in the course of passage of this legal act, the legal relations that should have been regulated precisely in that legal act (precisely in that part thereof), were not regulated precisely in that legal act (precisely in that part thereof)*), whether this legal gap appeared due to other circumstances, for example, due to the fact that by its ruling the Constitutional Court had recognised that the legal regulation in a certain legal act (part thereof) of lower power was in conflict with the Constitution or other legal act of higher power. In the latter

case there are no grounds to state the presence of legislative omission; to the contrary, in this situation, under the Constitution, a corresponding subject of law-making (provided corresponding legal relations have to be legally regulated) is under obligation to change the no longer valid legal regulation so that the newly established legal regulation would not be in conflict with a corresponding legal act of higher power, *inter alia* (and, first of all) with the Constitution.

The Constitutional Court does not investigate *inter alia* such legal gaps or other indeterminacies, which could appear after the Constitutional Court recognised by its ruling that a certain legal act (part thereof) is in conflict with a legal act of higher power, *inter alia* the Constitution, otherwise the essence of legislative omission as the consequence of an action of the law-making subject that issued the corresponding legal act would be denied. The essence and meaning of constitutional review and constitutional justice would be also distorted in essence or denied, because it would mean would mean that the Constitutional Court, while acting within its constitutional competence created the legal situation (*i.e.* that it virtually created new legal regulation instead of that recognised as conflicting with a legal act of higher power, *inter alia* the Constitution), which is incompatible with the Constitution or other legal act of higher power.

V. WHAT ARE THE DIFFICULTIES ENCOUNTERED
BY THE CONSTITUTIONAL COURT IN ITS FUNCTIONING
AND THE FULFILMENT OF ITS MISSION – ADMINISTERING
OF THE CONSTITUTIONAL JUSTICE?

It is necessary to emphasize that the acts of the Constitutional Court, which recognize that certain legal acts are not contrary to the Constitution do not require any specific implementation. They can be taken as a realizable. Such an interpretation is especially worth if judicial power and influence of the decisions of the Constitutional Court are associated only with their resolution. On the other hand, it was mentioned that all the subjects have to follow not only the resolution of the acts of the Constitutional Court, but also the motives and arguments of the acts of the Constitutional Court. The Constitutional Court sometimes allows understanding the Parliament and the other subjects of the legislation that it

is necessary to change legal regulation that is “incorrect” or even “without constitutional background”, which is not recognized as unconstitutional or just allows itself “to menace (somebody) softly”.

It is more difficult situation when it is necessary to implement the acts of the Constitutional Court that have recognized legal acts as unconstitutional. Usually unconstitutional legal acts have to be eliminated from the legal system (they are eliminated by the institutions that adopted these legal acts), although there are some opinions (K. Lapinskas and etc.²²) that judgment of the Constitutional Court actually terminates legal power of the unconstitutional legal act and considering legal consequences of such a decision this is equal to abolition of such legal act. On the other hand, in this case their emerge gaps of legal regulation, even vacuum, therefore the judgments of the Constitutional Court, which recognize questionable legal acts as unconstitutional have to be implemented enacting new legal acts that are not contrary to the Constitution. So sometimes the Constitutional Court postpones the publication of its rulings (see Constitutional Court ruling of 24 December 2002).²³ Under the Constitution, the Constitutional Court, having *inter alia* assessed what legal situation might appear after a Constitutional Court ruling becomes effective, may establish the date when this Constitutional Court ruling is to be officially published; the Constitutional Court may postpone the official publishing of its ruling if it is necessary to give the legislator certain time to remove the *lacunae legis* which would appear if the

²² Lapinskas K. Acts of the Constitutional Court. – Jarađiūnas et al. Constitutional Justice in Lithuania. Vilnius: The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 2003, p. 171-201.

²³ The 24 December 2002 Constitutional Court of the Republic of Lithuania ruling “On the compliance of paragraph 3 of Article 3 (wording of 12 October 2000), paragraph 4 of Article 3 (wording of 12 October 2000), item 2 of paragraph 1 of Article 5 (wording of 12 October 2000), paragraph 1 of Article 18 (wording of 12 October 2000), items 2, 3, 4, 8, and 15 of paragraph 1 of Article 19 (wording of 12 October 2000), items 1, 5, 7, 9, 12, 15, 16, 17, and 18 of paragraph 1 of Article 21 (wording of 12 October 2000), item 6 of the same paragraph (wordings of 12 October 2000 and 25 September 2001), and item 14 of the same paragraph (wordings of 12 October 2000 and 8 November 2001) of the Republic of Lithuania Law on Local Self-Government, as well as the Republic of Lithuania Constitutional Law on the Procedure of the application of the law on the alteration of article 119 of the Constitution, and the Republic of Lithuania Law on the entering into the List of Constitutional Laws of the Constitutional Law on the Procedure of the application of the law on the alteration of article 119 of the Constitution, with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, no. 19-828).

relevant Constitutional Court ruling was officially published immediately after it had been publicly announced in the hearing of the Constitutional Court and if they constituted preconditions to basically deny certain values protected by the Constitution. The said postponement of official publishing of a Constitutional Court ruling (*inter alia* a ruling by which a certain law (or part thereof) is recognised as contradicting to the Constitution) is a presumption arising from the Constitution in order to avoid certain effects unfavourable to the society and the state, as well as the human rights and freedoms, which might appear if a relevant Constitutional Court ruling was officially published immediately after its official announcement in the hearing of the Constitutional Court and if it became effective on the same day after it had been officially published.

Besides, the great problem is not that it is necessary to adjust legal regulation that has been recognized as unconstitutional, but that sometimes decisions of the Constitutional Court may “require” providing financial resources in the budget of the state in order to fulfill obligations of the state towards its citizens.

VI. INSTEAD THE CONCLUSIONS

The influence of the acts of the Constitutional Court to the legal system is significant. These legal acts cleanse legal system from unconstitutional legal acts; also the Constitution becomes “alive”. Moreover, acts of the Constitutional Court have the judicial power of the Constitution, they have the *erga omnes* effect, which integrates all legal system and thanks to the values established in the Constitution – all the society and the state. Yet more, the acts of the Constitutional Court sometimes intervene into the area of accomplished legal relations (*ex tunc* effect), it is most often related with the aim to guarantee legal values, from which the most important are human rights.

HANS KELSEN: UN JURISTA DEMÓCRATA ANTE LA CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN*

Javier TAJADURA TEJADA**

SUMARIO: I. *La defensa de la Constitución como respuesta a situaciones de crisis constitucional.* II. *La respuesta democrática: la justicia constitucional de Hans Kelsen.* III. *La respuesta antidemocrática: el jefe del Estado como defensor de la Constitución según Carl Schmitt.* IV. *La réplica de Kelsen a Schmitt.* V. *El triunfo del modelo kelseniano en el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social.* VI. *El surgimiento, consolidación y expansión de la justicia constitucional en Europa.*

I. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN COMO RESPUESTA A SITUACIONES DE CRISIS CONSTITUCIONAL

Fue Carl Schmitt quien, sagazmente, advirtió que la demanda de un protector de la Constitución suele ser un síntoma que evidencia situaciones críticas para la propia Constitución.¹ Así fue desde que, en el contexto de los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII,

* Es para mí un gran honor participar en el muy merecido homenaje al maestro Fix-Zamudio. Agradezco a mi querido amigo y colega, doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, su amable invitación. El compromiso permanente del maestro Fix-Zamudio, en su dilatada y fructífera trayectoria como jurista, por los valores de la libertad y de la democracia, explica que a la hora de escoger un tema para desarrollar en esta obra colectiva, me haya parecido oportuno realizar un ensayo sobre uno de los más grandes juristas demócratas del siglo XX: Hans Kelsen, y sobre la celeberrima polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debe ser el guardián de la Constitución.

** Profesor titular de Derecho constitucional, Universidad del País Vasco, España.

¹ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 27.

surgieron los primeros textos que podemos calificar de constitucionales en sentido moderno, técnico y actual. No deja de ser sintomático que en el propio proceso revolucionario francés, cuando las fuerzas de la reacción, nobleza y alto clero, unieron sus energías en una campaña dirigida a acabar con la revolución, surgiera un periódico titulado *Le défenseur de la Constitution*. Tampoco puede dejar de advertirse que la polémica de mayor altura intelectual y científica en torno a ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? sostenida por Kelsen y Schmitt tuviera lugar en la época en que sobre el constitucionalismo europeo se cernían las más sombrías perspectivas de toda su historia.

Ahora bien, en los doscientos años largos de evolución histórica del constitucionalismo, los ataques a la Constitución no procedieron siempre de la misma fuente. Ello determinó el surgimiento, en la teoría y en la práctica, de muy distintos modos y formas de arbitrar su defensa.

En la historia constitucional europea, siguiendo al profesor De Vega, podemos distinguir tres situaciones político-ideológicas perfectamente diferenciables, en las que la temática de la defensa de la Constitución se orienta por caminos diversos.²

La primera etapa se corresponde con el momento mismo en que hacen su aparición en la realidad y en la historia de Europa los primeros textos constitucionales. En aquella época, los ataques a la Constitución se configuraban como impugnaciones políticas, totales y globales, a los nuevos valores que el constitucionalismo expresaba. Porque se niegan la igualdad y la libertad, la soberanía popular y la democracia, los textos constitucionales son objeto del más absoluto de los rechazos. Las *Considerations sur la France* de Joseph de Maistre constituyen en el plano teórico una muy significativa expresión del pensamiento absolutista, conservador y contrarrevolucionario. Pensamiento, por denominarlo de alguna manera, que dará cobertura a toda clase de conspiraciones e intrigas tendentes a poner fin al nuevo estado de cosas y a restaurar el poder absoluto del monarca.

Frente ataques de esa naturaleza fue como surgió la idea de que el único guardián de la Constitución capaz de defenderla es el propio pueblo. Con meridiana claridad y evidente acierto lo expresó Robespierre cuando escribió:

² Vega, P. de, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 99.

En medio de las tormentas promovidas por las innumerables facciones a quienes se concedieron medios y tiempo suficiente para fortificarse; en medio de las divisiones intestinas pérfidamente combinadas con la guerra exterior, fomentadas por la intriga y la corrupción, favorecidas por la ignorancia, por el egoísmo y por la ingenuidad, es preciso que los buenos ciudadanos tengan un punto de apoyo y una señal de alistamiento. Ese punto y esa señal no pueden ser otros que la defensa de la Constitución.³

Será, en definitiva, esta circunstancia, la de configurar al pueblo como guardián de la Constitución, la que impedirá atribuir a los jueces, leales servidores del antiguo régimen, la defensa de la Constitución y por tanto el control de constitucionalidad de las leyes. Por esta razón, el control de constitucionalidad en cuanto a la función del parlamento, revestirá en los orígenes del constitucionalismo europeo un acusado carácter político.

No hace falta recordar que la Constitución norteamericana nunca fue objeto de tales ataques e impugnaciones, por lo que configurado el Poder Judicial como un poder estatal más, análogo al Ejecutivo y al Legislativo, pudo asumir sin dificultad alguna, mediante la célebre sentencia del juez Marshall, y como consecuencia inevitable de la pura lógica del sistema, la función de velar por su coherencia interna.

La segunda etapa o momento histórico de los antes aludidos es la correspondiente al largo siglo XIX, esto es a la centuria en la que el liberalismo doctrinario, negando el principio democrático en virtud del cual el titular del poder constituyente es el pueblo, acabó haciendo inviables también el principio liberal y el de supremacía constitucional, desvirtuando así el constitucionalismo auténtico hasta el punto de convertirlo en un pseudoconstitucionalismo ficticio que, como ha subrayado el profesor Ruipérez, sólo sirvió para enmascarar situaciones de dictadura más o menos encubierta.⁴

No es este el momento de analizar y exponer la teoría y la práctica del pseudoconstitucionalismo continental decimonónico. Por lo que a nuestra exposición se refiere, baste con recordar que fue mérito de Benjamín Constant el de haber recuperado la vieja noción romana de la *auctoritas* para construir su teoría del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur*. Ahora bien, si el genio jurídico de Roma atribuyó la *auctoritas* al Sena-

³ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

⁴ Ruipérez, J., *La Constitución europea y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, p. 134.

do, el liberalismo doctrinario la aplicó al monarca y, de esta forma, consiguió integrar al rey en la estructura del Estado constitucional. Insisto en que no se trata de analizar cómo dicha integración, al rechazar la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, supuso la ruptura de la lógica del Estado constitucional, sino solamente de poner de manifiesto que va a ser, en definitiva, el rey el que en cuanto titular de ese poder moderador va a ser configurado como el guardián de la Constitución.

Ahora bien, en el plano de la realidad, la atribución al rey de la función protectora de la Constitución sólo reviste una finalidad simbólica. En modo alguno se concibe al monarca como un defensor político de la Constitución y ello porque dicha Constitución liberal en cuanto expresión de una sociedad homogénea (la limitada por el sufragio censitario) carece de enemigos que la impugnen. Más evidente resulta todavía el hecho de que no se trata de un defensor jurídico que vele por la coherencia interna del sistema.

Por ello ha podido afirmar el profesor De Vega que “el constitucionalismo decimonónico opera, una vez salvados los escollos iniciales, desde la creencia de que su construcción es tan perfecta que no necesita guardián de ningún tipo”.⁵ Hubo que esperar a que la historia se encargara de poner de manifiesto las contradicciones y falacias de dicho sistema, para que el pensamiento constitucional se percatara de la necesidad de buscar un protector efectivo y no meramente simbólico de la Constitución. Fue entonces, tras la Primera Guerra Mundial y el definitivo derrumbamiento de la civilización liberal, cuando por obra del eximio jurista vienés Hans Kelsen, se creó en Austria, en la Constitución de 1920, el primer Tribunal Constitucional. Con él se inicia una nueva etapa, la tercera y última, caracterizada por una nueva forma de entender la defensa de la Constitución: una defensa jurídica.

La justicia constitucional surge históricamente como respuesta a una crisis generalizada del concepto de Constitución motivada por una impresionante quiebra de los principios organizativos sobre los que se construyó el formidable edificio del liberalismo decimonónico. Quizás no sea ocioso recordar, al menos a grandes rasgos, cómo se produjo esa crisis.

El constitucionalismo liberal se construyó sobre la base de una radical separación entre la sociedad y el Estado. Hasta tal punto esto fue así que

⁵ Vega, P. de, *op. cit.*, nota 2, p. 102.

se atribuyó a cada uno de los términos de dicha relación un estatuto jurídico diferente, y una valoración también distinta. Surgió así la Constitución como estatuto jurídico del Estado y el Código Civil como estatuto jurídico de la sociedad. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado quedaban así perfectamente delimitadas.

Se configuró así la sociedad como el ámbito de la libertad frente a un Estado potencialmente enemigo de esa libertad y al que había que limitar en su actuación y poderes. En última instancia es esta separación entre Estado y sociedad la que da sentido al dualismo característico del constitucionalismo liberal clásico. La pugna entre el principio democrático y principio monárquico, encarnados respectivamente en el Parlamento y en el gobierno monárquico, se fundamenta en la consideración de que el Parlamento es la representación de la sociedad burguesa y el rey expresión del poder estatal. El sentido último de la reserva de ley aparece igualmente vinculado a esta distinción: la ley es superior al reglamento porque traduce la voluntad de la sociedad mientras que este último expresa la voluntad del Estado.

Por lo que se refiere al reino de la libertad, a esa arcadia feliz denominada sociedad, y a su estatuto jurídico, es preciso subrayar que toda la legislación privada se articuló en torno a estos tres principios: la generalidad de la ley, la igualdad ante la ley y la autonomía de la voluntad. El liberalismo sostuvo que mediante la satisfacción y el cumplimiento de esos principios se realizaba y garantizaba la libertad de los individuos. Como nos recuerda el profesor De Vega, “con razón, iusprivatistas notables (Thieme y Wieacker), han hablado del contenido materialmente constitucional de la codificación privada, en la medida en que el Código Civil daba vida a un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres”.⁶

Cuando esos tres grandes dogmas jurídicos del liberalismo clásico entraron en crisis, ésta afectó al modelo de sociedad liberal e, irremediablemente, repercutió sobre la idea de Constitución a la que aquélla servía de base y fundamento.

a) La generalidad de la ley se hizo inviable en sociedades fragmentadas y cada vez más corporatistas. Los múltiples y variados grupos e inte-

⁶ Vega, P. de, “Prólogo”, *El recurso de amparo* de A. Figueruelo, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, p. 15.

reses presentes en la sociedad determinan que las normas concebidas en abstracto como normas generales para todos los individuos, se conviertan en normas *ad hoc* dictadas para satisfacer a grupos determinados. A esta quiebra de uno de los fundamentos del constitucionalismo liberal alude Bachof cuando se pregunta: “Qué tienen aún en común con el concepto clásico de ley, por dar sólo un par de ejemplos, las leyes de ayuda a la inversión o los preceptos sobre fomento de la industria pesquera del arenque”.

b) La igualdad formal ante la ley no pudo impedir que en sociedades fragmentadas en grupos sociales como las descritas, el individuo quedara frecuentemente subordinado al grupo. Si reparamos en las dos facetas, *ad intra* y *ad extra*, en las que todo grupo social opera, fácilmente se comprenderá esta realidad. La preeminencia del grupo se concreta en su dimensión interna en la posibilidad de imponer sanciones a las conductas de los individuos que en él se integran; y en su dimensión externa esa supremacía se evidencia en la imposición de condiciones a las que otros sujetos, individuos o grupos, han de someterse. Las cláusulas exorbitantes de los contratos de adhesión son un muy significativo ejemplo de esto último.

c) Finalmente, de la anterior quiebra del principio de igualdad se deriva la crisis del principio de la autonomía de la voluntad. Dicho principio se basaba en el entendimiento de las relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría. Ahora bien, frente a las ensoñaciones liberales de una sociedad de individuos libres e iguales en derechos, la realidad nos muestra una pluralidad de situaciones de disparidad y asimetría y en este contexto el dogma de la autonomía de la voluntad pierde su justificación y su fundamento.

De todo lo anterior se desprende sin dificultad una conclusión indiscutible: la sociedad liberal era una pura ficción. Quizás no estuviera de más recordar que tampoco el Estado liberal, como Estado mínimo o débil, existió y ello por la razón evidente de que durante todo el siglo XIX el Estado gozó de una fortaleza envidiable, hizo guerras, construyó imperios, reprimió con dureza las protestas sociales y alcanzó en virtud de los adelantos técnicos un poder de una magnitud nunca vista. La imagen de un Estado liberal como un Estado abstencionista y débil es eso, sólo una imagen de algo que nunca existió en la realidad.

Si la sociedad liberal era una pura ficción y el Estado liberal una simple imagen, no puede sorprendernos que los cimientos sobre los que se

había edificado la arquitectura constitucional liberal se vinieran abajo. La consecuencia lógica e inmediata de ello fue, como ya se ha dicho, una crisis generalizada del concepto de Constitución.

Ocurre, sin embargo, y esta es una matización trascendental para nuestro tema, que, como ha subrayado con claridad y acierto el profesor De Vega, “la impresionante quiebra histórica de los principios organizativos en que descansaba el viejo orden liberal, no implica en modo alguno la quiebra de los valores que ese orden pretendía realizar”.⁷ Esos valores son la libertad y la democracia. Y para que esas nobles ideas desplieguen sus efectos en la realidad y en la historia son imprescindibles las Constituciones. De lo que se trata, por tanto, no es de negar los supuestos que fundamentan el constitucionalismo, sino de procurar que los mismos no queden convertidos en letra muerta de la ley. “Para cumplir esta noble misión —escribe el profesor De Vega— en un universo político descompuesto y caótico, es para lo que precisamente aparece la justicia constitucional”.⁸

En última instancia podemos decir que fue el reconocimiento del sufragio universal, esto es la realización efectiva del principio democrático, el que hizo necesario plantearse desde una nueva perspectiva la problemática de la defensa de la Constitución. Fue el sufragio universal el que condujo a los Parlamentos a los partidos socialistas, y entre ellos los partidos liberal-conservadores aparecían alternativas radicales para la reforma del Estado. La democracia era entonces un compromiso entre fuerzas políticas y sociales antagónicas, cada una de las cuales temía que la victoria electoral de la otra le proporcionara una mayoría parlamentaria suficiente para cambiar la normativa fundamental del Estado. Fue esa circunstancia la que determinó que las nuevas Constituciones se hicieran rígidas y fue a partir de esa rigidez donde el control de constitucionalidad de las leyes como problema teórico y práctico comenzó a tener sentido. La rigidez constitucional, que impide la modificación de la Constitución por una ley y exige procedimientos mucho más difíciles, era un presupuesto necesario para que pudiera nacer el control de constitucionalidad de las leyes.

En este dramático contexto de crisis de la civilización liberal, tuvo lugar una de las polémicas de mayor altura y trascendencia del derecho

⁷ Vega, P. de, *op. cit.*, nota 2, p. 108.

⁸ *Idem.*

constitucional contemporáneo. En definitiva, en ella subyacen y convergen los principales problemas que aquél ha de afrontar, y se sintetizan en la legitimidad, titularidad y alcance de la función de defensa de la Constitución. El gran interrogante al que había que dar respuesta no era otro que este: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución?

La polémica tuvo como protagonistas de excepción a dos brillantes juristas del mundo germánico: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Las respuestas que ambos dieron a los grandes interrogantes planteados por la crisis del liberalismo fueron totalmente opuestas.

II. LA RESPUESTA DEMOCRÁTICA: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE HANS KELSEN

La lectura del no por breve menos brillante y sugerente opúsculo *Esencia y valor de la democracia* nos confirma, sin ningún género de dudas, que toda la formidable construcción jurídica kelseniana, a pesar de su formalismo, acepta como un dato previo e indiscutible la legitimidad democrática y los valores fundacionales del constitucionalismo moderno y auténtico.

En este contexto el problema no reside en defender ideológicamente la idea liberal de Constitución, sino en lograr su realización efectiva. Y esto supone que toda la problemática relativa a la defensa de la Constitución adquiera una nueva dimensión. Si en el pasado se pretendió defender la legalidad constitucional con métodos políticos, ahora de lo que se trata es de defender la legitimidad constitucional (esto es, valores políticos) por medios jurídicos.

Las tesis de Kelsen aparecen clara y sintéticamente expuestas en su célebre artículo “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” traducido del alemán al francés por Charles Eisseman y publicado en la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* (París, núm. 45, 1928). Tesis formuladas desde su condición de insigne jurista, autor de una moderna teoría de la democracia y del derecho, a la que había que añadir su experiencia de varios años como miembro del Tribunal Constitucional de Austria. Se trata de una de las aportaciones más innovadoras y relevantes para el constitucionalismo democrático de cuantas se realizaron a lo largo del pasado siglo. Aunque algunas de las ideas allí contenidas derivan claramente de la experiencia austriaca, su estudio se configura como una con-

tribución con pretensión de valor general para todos los Estados democráticos. La aportación de Austria a la justicia constitucional europea no proviene tanto de su implantación en 1920 —que no admitió la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de una minoría parlamentaria hasta 1975— como de la teorización realizada por el eximio jurista vienés varios años después. Como ha subrayado el profesor Aja “probablemente desde Montesquieu no ha existido un autor tan ligado a una teoría constitucional como Kelsen a la formulación de la justicia constitucional como legislador negativo”.⁹

1. *Regularidad y anulabilidad*

“La garantía jurisdiccional de la Constitución —escribe Kelsen— es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.¹⁰

Tomando como punto de partida su celeberrima teoría de la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico, formulada en su *Teoría general*, Kelsen definirá la regularidad como la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico:

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del derecho... No es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individuales —decisión administrativa y sentencia— o, en la relación entre estos actos de ejecución y las normas generales legales y reglamentarias, en donde puede postularse la regularidad y las garantías propias a asegurarla sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley y entre la ley y la Constitución. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.¹¹

En este contexto queda claro que garantías de la Constitución son por tanto garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordi-

⁹ Aja, E., “Prólogo” a *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, p. XVIII.

¹⁰ Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, p. 10.

¹¹ *Ibidem*, p. 14.

nadas a la Constitución; es decir “esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes”.¹²

La construcción de un sistema tal de garantías, advierte acertadamente Kelsen, presupone una noción clara de Constitución. Para el jurista vienes, “como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse... un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado”. Y, sobre todo, “es la norma que regula la elaboración de las leyes”.¹³ En este último sentido encuentra Kelsen la noción de Constitución en sentido amplio: “las Constituciones modernas contienen no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. Es por ello que la Constitución señala principios, direcciones y límites, para el contenido de las leyes futuras”.¹⁴ Dicho con otras palabras, “la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo”.¹⁵

Lo anterior permite a Kelsen distinguir dos tipos de inconstitucionalidad: “una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución”. Ahora bien, para Kelsen la distinción entre inconstitucionalidad formal y material sólo puede admitirse con una reserva. La inconstitucionalidad material es también un tipo de inconstitucionalidad formal habida cuenta que “una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional”.¹⁶

Establecido lo anterior Kelsen realiza una exposición y clasificación de las garantías de la regularidad: preventivas o represivas, personales u objetivas:

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵ En modo alguno se puede atribuir a Kelsen una concepción meramente procedimental de la democracia constitucional. A pesar de su formalismo, Kelsen no puede reducir la Constitución a procedimientos y reconoce con claridad y contundencia que es también una “regla de fondo”. *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ *Idem*.

La organización en forma de tribunal del órgano de creación del derecho es, no sólo la garantía preventiva más característica de la regularidad de los actos sino, incluso la primera del grupo de garantías que llamamos personales. Las otras son la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular. Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter represivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular.¹⁷

Sobre la base de la anulación de los actos irregulares va a construirse el sistema de justicia constitucional concentrada. La distinción entre nulidad y anulabilidad es por ello relevante para la configuración futura de la justicia constitucional como garante de la regularidad:

...la nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico, y en especial, acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular; es decir, no responde a las condiciones que le prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter jurídico, de manera que no es necesario, para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un acto fuera necesario se estaría en presencia no de una nulidad sino de una anulabilidad.¹⁸

Fácilmente se desprende de esa distinción la conclusión de que, desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el supuesto acto nulo, no existe más que anulabilidad y “en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulabilidad, una anulación con efecto retroactivo”.¹⁹ La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas. Según Kelsen esta anulación presenta diversos grados en cuanto a su alcance y en cuanto a sus efectos temporales.

En cuanto a su alcance la anulación puede limitarse a un caso concreto. Se sobrentiende que es así cuando el objeto de la anulación es un acto individual, pero no cuando se trata de una norma general. En este punto Kelsen realiza una crítica implícita y certera a los problemas que plantea la jurisdicción constitucional difusa tal y como se había configurado en

¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

los Estados Unidos. La cita es larga pero oportuna puesto que en ella se responde al por qué del carácter concentrado de la justicia constitucional:

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento, o incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario... La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.²⁰

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, esto es la relativa a los efectos temporales de la anulación, Kelsen propugna, en nombre de la seguridad jurídica, que no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma irregular más que a partir de dicha anulación, aunque reconoce que en ciertas circunstancias y en casos excepcionales puede ser necesaria una anulación retroactiva.

Con las premisas anteriores Kelsen está ya en condiciones de exponer y nosotros de asumir su tesis principal: la anulación del acto inconstitucional es la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Dicho con mayor claridad y contundencia: la Constitución sólo se encuentra garantizada en la medida en que la anulación de los actos inconstitucionales es posible. Que dicha anulación no puede quedar confiada al propio autor del acto irregular es obvio:

No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional.²¹

²⁰ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

²¹ *Ibidem*, p. 52.

2. *El legislador negativo*

El propio Kelsen se anticipa a las objeciones que dicho sistema pueda plantear. Reconoce que la relativa a la posible incompatibilidad del mismo con el principio de separación de poderes es la principal de ellas. No en vano, como veremos después, Schmitt centrará en este punto algunas de sus más fundamentadas críticas.

Es aquí cuando, sobre la base de la distinción entre función legislativa consistente en crear normas generales y función jurisdiccional generadora de normas individuales, el insigne jurista vienés formula su celeberrima teoría del Tribunal Constitucional como legislador negativo:

Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo.²²

La anulación por parte del Tribunal Constitucional de una ley no se configura así como una violación del Poder Legislativo sino como una repartición del mismo.

Que el titular de esta facultad de legislación negativa sea un Tribunal es para Kelsen algo indiscutible: “Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional”.²³

Además existe una gran diferencia entre la confección y la anulación de una ley, que es la que, en definitiva, permite atribuir esta última a un Tribunal:

La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación *prácticamente* no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación con el pro-

²² *Ibidem*, p. 54.

²³ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

cedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar... la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.²⁴

En este contexto, el problema que no puede dejar de plantearse es el referido al riesgo de que en tanto que legislador negativo, el Tribunal Constitucional acabe suplantando al Parlamento. Kelsen no eludió el tema y propugnó como remedio preventivo a la discrecionalidad de los jueces constitucionales, la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos constitucionales. Imprescindible resulta aquí reproducir el razonamiento kelseniano. Sus palabras plantean en toda su crudeza las limitaciones de la justicia constitucional. La vigencia y actualidad de los problemas en ellas mencionados confirma la apreciación de Pedro de Vega de que “la problemática jurídico-política fundamental de los tribunales constitucionales sigue constituyendo uno de los caballos de batalla del derecho constitucional contemporáneo”.²⁵

La existencia de fórmulas vagas en los textos constitucionales, sostiene Kelsen, puede desempeñar una función peligrosa cuando se trata de controlar la constitucionalidad de las leyes. Si la Constitución invita al legislador a desarrollar su actividad conforme a la “justicia”, la “libertad”, la “equidad”, la “moralidad”, etcétera, se podrían entrever en estas palabras directrices determinantes del contenido de las leyes futuras. Sin embargo, de directrices sólo se puede hablar cuando la Constitución establece un mandato concreto, un criterio objetivo claro. El límite, no obstante, entre esas fórmulas vagas y la normal definición del contenido de las leyes futuras en el catálogo de los derechos fundamentales y de libertad puede ser impreciso. Por todo ello el propio Kelsen reconoce que no es imposible

...que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el

²⁴ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

²⁵ Vega, P. de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, *cit.*, nota 1, p. 22.

poder del tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población, y por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio —continúa el insigne jurista austriaco— que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia o cualquier otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria, desde el punto de vista político, como sería el tribunal constitucional.²⁶

Para evitar precisamente el traslado del poder del Parlamento a un órgano situado fuera de él y que puede convertirse en expresión de fuerzas políticas distintas de las que en el propio Parlamento se expresan, Kelsen anticipa como remedio preventivo el siguiente: “la Constitución debe... abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”.²⁷ He aquí expuesto por el propio creador del modelo de jurisdicción constitucional concentrado el principal problema y limitación del mismo.

El antiguo magistrado del Tribunal Constitucional de Austria concluye su sugerente y riguroso trabajo afirmando que “una Constitución a la que le falte la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es puramente obligatoria en su sentido técnico”.²⁸ Dicho con otras palabras, la Constitución sólo puede ser concebida como la norma jurídica suprema del ordenamiento en la medida en que existe la posibilidad de anular los actos inconstitucionales. Esta es la razón de ser de la justicia constitucional.

III. LA RESPUESTA ANTIDEMOCRÁTICA: EL JEFE DEL ESTADO COMO DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN SEGÚN CARL SCHMITT

Nadie podrá negar a Carl Schmitt el mérito indiscutible de haber realizado una de las más lúcidas exposiciones de la *teoría constitucional liberal*. Basándose en sus fundamentos axiológicos y en sus objetivos histó-

²⁶ Kelsen, H., *op. cit.*, nota 10, p. 83.

²⁷ *Ibidem*, pp. 81 y 82.

²⁸ *Ibidem*, p. 95.

ricos, Schmitt llevará a cabo una sublimación de los principios de la democracia liberal, mismos sobre los que reposa la legitimidad de la teoría política y constitucional del liberalismo.

El formidable modelo teórico así construido fue confrontado con la realidad y la praxis política de la República de Weimar. El contraste entre los fundamentos ideales y los supuestos empíricos del liberalismo permitió así a Schmitt proclamar la definitiva descomposición del mundo liberal: “Porque las condiciones fácticas y los supuestos empíricos no se adaptan al modelo teórico previamente elaborado, los fundamentos ideales en que dicho modelo se apoya no pasan de ser meros encubrimientos ideológicos de una práctica desdeñable. Con lo cual, la teoría constitucional liberal, se puede concluir sin exageración, queda relegada a una simple ficción”.²⁹

El profesor Pedro de Vega ha puesto de manifiesto los excesos en que incurre la crítica schmittiana al haber franqueado los límites que separan una crítica inmanente de una trascendente: desde una perspectiva inmanente a la concepción liberal la crítica de Schmitt hubiera resultado plenamente legítima. Toda realidad política muestra discordancias con el tipo ideal con arreglo al cual pretende conformarse. Denunciar la contraposición entre el modelo teórico y la realidad empírica, con objeto de intentar eliminar o paliar las diferencias entre ambos, es una tarea necesaria y plausible. Ahora bien, no es esto lo que hizo Schmitt. Éste concluyó que porque la realidad no se correspondía con el modelo era éste el que debía ser condenado. Atacando y rechazando el modelo y los fundamentos legitimadores del liberalismo, Schmitt se situó en la órbita de la crítica trascendente, órbita en la que su pensamiento muestra todas sus limitaciones.

Las críticas de Schmitt que desde un punto de vista inmanente son perfectamente válidas, resultan inadmisibles desde una perspectiva trascendente porque como subraya Pedro de Vega, “los mismos argumentos que sirven a Schmitt para condenar los principios liberales como una simple ideología y relegar al derecho constitucional liberal al mundo de la ficción, se pueden emplear contra él entendiendo su obra científica como mera elaboración ideológica al servicio del Estado totalitario”.³⁰ Así lo advertirá Kelsen, con la implacable e impecable lógica que caracteriza

²⁹ Vega, P. de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, cit., nota 1, pp. 12 y 13.

³⁰ *Ibidem*, p. 14.

a su pensamiento, en su réplica a la impugnación de Schmitt, que analizaremos después.

De lo anterior se deduce que hay que distinguir dos dimensiones o facetas en la obra de Schmitt: su faceta de jurista crítico del Estado liberal burgués, en diálogo con la concepción liberal del mundo cuya grandeza última no deja de reconocer. Y su faceta de teórico político que opone a la legitimidad democrática una nueva forma de organizar el Estado basada en formas plebiscitarias de legitimación del Estado total de Führer.

Es éste el contexto en el que hay que valorar la respuesta de Schmitt al interrogante que nos ocupa: ¿quién debe ser el guardián de la Constitución? Schmitt reacciona contra la construcción kelseniana: ningún Tribunal de Justicia puede desempeñar dicha función. La exposición de Schmitt se divide en tres partes. En la primera, toda su argumentación tendrá por objetivo demostrar la contradicción intrínseca entre la función de defensa de la Constitución y la función de la justicia en el marco de una Constitución liberal. En la segunda parte Schmitt expone la situación constitucional de la época y en ella realiza una crítica contundente al Estado pluralista de partidos en la que subyace una opción política claramente antidemocrática. Su enemigo es el pluralismo, su obsesión, la unidad. En la tercera y última parte de su exposición, como consecuencia de lo anterior y retomando las formulaciones de Constant sobre el poder neutro, sostendrá que únicamente el jefe del Estado puede ostentar el honroso título de protector o defensor de la Constitución.

1. Legislación y jurisdicción

La impugnación de Schmitt tomará como punto de partida los esquemas propios de la teoría constitucional clásica. Es precisamente por ello por lo que resulta de interés recordar la motivación de tales críticas habida cuenta que los ecos de la misma (las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador y los riesgos de la politización de la justicia) nunca han dejado de resonar por completo.

Según el principio orgánico de la distribución del poder de la teoría constitucional clásica, a cada uno de los tres poderes del Estado le correspondía una función distinta. En ese esquema, la función judicial se caracterizaba por la decisión de casos en virtud de leyes. “Es propio de la naturaleza de la decisión judicial —escribe Schmitt— que pueda ser de-

rivada materialmente de la norma que le sirve de fundamento... Cuando la norma se vacía de contenido y deja de hacer posible la subsunción fáctica... desaparece la base de una posible forma judicial”. Dicho con otras palabras: “cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente”.³¹

Todo lo anterior se agudiza a la hora de confrontar, según el esquema kelseniano, la ley ordinaria con la ley constitucional. El hecho de que el Tribunal Constitucional pueda dictaminar sobre la validez o invalidez de una ley “aunque su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial” implica, en palabras de Schmitt, una invasión clara de la justicia en la legislación que a lo único que conduce es a la destrucción del principio orgánico de distribución del poder. “Ninguna ficción, por extrema que fuese —concluirá Schmitt—, podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara como tal”.³² Dicho con otras palabras: con el control de normas la jurisdicción constitucional transgrede los límites de la propia función jurisdiccional; ésta tiene que interpretar normas generales que le vienen dadas por un legislador vinculante, en tanto que un juicio sobre las mismas leyes —simplemente a causa de la indeterminación de las normas constitucionales— es una decisión política.

Por todo ello para Schmitt resulta meridianamente claro que la determinación precisa del contenido de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la justicia. El núcleo de la crítica schmittiana a la construcción de Kelsen va a girar, por tanto, en torno al dogma de la separación de poderes, y, en concreto, a la necesaria e imprescindible diferenciación entre legislación y justicia: “Cabe otorgar... al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional”.³³

La distinción entre ley y sentencia es esencial en el Estado de derecho:

Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un “caso” sobre la base de una ley. La posición especial del juez en el Estado de derecho, su obje-

³¹ Schmitt, C., *La defensa de la Constitución...*, cit., nota 1, p. 53.

³² *Ibidem*, p. 70.

³³ *Ibidem*, p. 78.

tividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida y commensurable, que se halla ya contenida en la ley.³⁴

Con estas premisas Schmitt va a impugnar no sólo el modelo kelseniano de justicia constitucional sino también su fundamento, esto es, la estructura jerárquica del ordenamiento. Para el ilustre jurista alemán “una «jerarquía» de las normas es una antropomorfización insensata y confusa de la norma, y una improvisada alegoría”.³⁵ Según Schmitt no existe ni puede existir justicia alguna de una norma sobre otra. La argumentación de Schmitt es la siguiente:

La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado, bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley simple y la ley contenida en la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la ley formulada en la Constitución a la ley simple, en el mismo sentido que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales.³⁶

La conclusión que Schmitt extrae de todo lo anterior es clara: “Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional”.³⁷

Esta crítica, a pesar de su aparente brillantez, pierde su consistencia si nos percatamos de que no sólo puede utilizarse contra un Tribunal Cons-

³⁴ *Ibidem*, p. 79.

³⁵ *Ibidem*, p. 83, nota. 58.

³⁶ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

³⁷ *Ibidem*, p. 90.

tucional sino también contra cualquier Tribunal de Justicia. Además, como el propio Kelsen advertirá, y nosotros examinaremos después, desde la perspectiva decisionista de Schmitt según la cual toda sentencia es decisión, no deja de ser una pura contradicción.

Es, en cualquier caso, en la segunda parte de la obra donde Schmitt, a partir de unas premisas certeras y agudas, va a formular unos juicios claramente políticos con un disfraz aparentemente científico-jurídico.

2. *El antiparlamentarismo*

Recuerda el jurista alemán los fundamentos filosófico-políticos de la construcción liberal, a saber, el dualismo Estado-sociedad y la diferente valoración de cada uno de los elementos del binomio:

Sociedad era un concepto esencialmente polémico, y que se consideraba como idea opuesta a la del Estado concreto, monárquico, militarista y burocrático entonces existente: frente a él, lo que no pertenecía a este Estado se llamaba “sociedad”... El hecho de que en general se haya construido como dualista el Estado de la monarquía constitucional alemana, con sus contraposiciones de príncipe y nación, Corona y Cámaras, Gobierno y representación nacional, es sólo expresión de un dualismo fundamental y más genérico, el de Estado y Sociedad. La representación nacional, el Parlamento, la corporación legisladora se imaginaba como el escenario sobre el cual aparecía la Sociedad y se manifestaba frente al Estado.³⁸

Para Schmitt ese dualismo liberal o equilibrio entre el Estado de gobierno y Estado legislador es la penúltima etapa de una larga evolución histórica que desde el Estado medieval como Estado de jurisdicción, pasando por el Estado absoluto como Estado de tipo ejecutivo y gubernamental, ha desembocado en el momento presente en un Estado democrático como Estado legislativo. Estado legislativo que viene a coincidir con el Estado total. Analizando el papel del Estado en la vida económica, Schmitt se percata de la enorme transformación que ha sufrido respecto a los postulados liberales del Estado mínimo o abstencionista, transformación profundísima que “puede considerarse como eslabón de una evolución dialéctica que se desarrolla en tres estadios: desde el

³⁸ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII, por mediación del Estado neutro liberal del siglo XIX, hasta el Estado total que identifica Estado y Sociedad”.³⁹ En esta fase final la distinción entre Estado y Sociedad deja de tener sentido y el Estado se convierte en “autoorganización de la sociedad”: “organizase la sociedad misma en Estado: el Estado y la Sociedad deben ser fundamentalmente idénticos: con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos”.⁴⁰

La respuesta, por tanto, a nuestra interrogante acerca de quién deba ser el defensor de la Constitución, debe partir según Schmitt del contexto de un Estado total configurado como Estado legislativo. “No es de extrañar —escribe— que la protesta contra semejante expansión del Estado aparezca, en primer lugar, como defensa contra aquella actividad política que en un momento tal determina precisamente la modalidad del Estado, es decir como defensa contra el Estado legislativo”.⁴¹

Hasta aquí básicamente los análisis schmittianos son esclarecedores. El diagnóstico, por decirlo de alguna manera, parece acertado, y, además, sugerente y brillantemente formulado. Ahora bien, frente a los problemas descritos, esto es la amenaza de un legislador omnipotente ante la continua expansión de los fines estatales, el remedio prescrito no podrá ser más inoportuno y ello desde las propias premisas de la argumentación schmittiana. Y ello porque, como veremos después, Schmitt no es coherente con sus propios postulados. Frente a esos problemas, insisto, Schmitt anticipa lo siguiente: “no es precisamente la justicia, sino acaso el gobierno, quien puede arbitrar soluciones”.⁴²

Imprescindible resulta aquí reproducir la reflexión de Schmitt sobre la contradictoria victoria de la institución parlamentaria:

El parlamento, el cuerpo legislativo, titular y centro del Estado legislador, desde el mismo momento en que su triunfo parecía ser completo, se convierte en una estructura que encierra en sí misma una contradicción, que viene a negar sus premisas y las premisas de su victoria. Su situación y su superioridad actual, sus ansias de expansión frente al gobierno, su avance en nombre del pueblo, todo esto presupone una distinción entre Estado y Sociedad, distinción que dejó de existir, por lo menos en esa forma, des-

³⁹ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 136.

⁴¹ *Ibidem*, p. 140.

⁴² *Ibidem*, p. 141.

pués de la victoria del Parlamento. Su unidad, y hasta su identidad consigo mismo, estaba hasta entonces determinada por su partenaire político en el interior, el antiguo Estado monárquico, militarista y burocrático. Caído éste, el Parlamento se desintegró también, por decirlo así.⁴³

En cualquier caso, las razones últimas y verdaderas en las que reside el rechazo de Schmitt al parlamento son de índole ideológica. Para él, la Constitución es expresión de la voluntad de la unidad del pueblo, y el Parlamento amenaza la Constitución en cuanto pone en peligro esa unidad. Identificada la Constitución con la unidad del pueblo, el pluralismo se convierte en un peligro potencial. Ese peligro se concreta en el momento en que el Parlamento, institución que traduce políticamente ese pluralismo social, se manifiesta incapaz de lograr el acuerdo. Ese es el peligro que hay que conjurar. Habida cuenta que se trata de una amenaza muy distinta a la planteada por Kelsen, no puede tampoco sorprender que los mecanismos de defensa propuestos sean también diferentes.

De lo expuesto hasta ahora, podemos extraer algunas conclusiones. La Constitución tiene que ser defendida principalmente del Parlamento legislador, pero no tanto del hecho de que éste no se ciña a los límites materiales y formales que aquélla le impone, como advertiera Kelsen, sino de la circunstancia de que el pluralismo en él representado le impida adoptar las necesarias medidas para el funcionamiento del Estado total. Por todo ello, no cabe atribuir al legislador la función de protección de la Constitución. Es ahora cuando comprendemos la reiterada insistencia de Schmitt en negar la posibilidad de configurar a la justicia como defensora de la Constitución: si no cabe atribuir la defensa a la Constitución ni al Parlamento ni a la justicia, la errónea y falsa conclusión a la que el jurista alemán quiere conducirnos se presenta como evidente: es preciso acudir al gobierno, y dentro de él al jefe del Estado como único defensor, real y eficaz, de la Constitución del Estado. Si el Parlamento no puede decidir, que decida el jefe del Estado, encarnación de la unidad del pueblo. No tiene sentido atribuir esta facultad a un Tribunal de Justicia.

Expuesto así el problema y la solución, fácilmente nos percatamos de que Kelsen y Schmitt hablan de cosas distintas. La problemática aludida por Schmitt nada tiene que ver con la defensa jurídica de la Constitución. Se trata de un problema particular subsumible en una categoría de defen-

⁴³ *Idem.*

sa de la Constitución entendida en un sentido amplio. El problema relativo a qué mecanismos arbitrar para evitar la parálisis del Estado en los supuestos de que una fragmentación extrema del Parlamento impida a éste legislar. La racionalización del Parlamento parece en este sentido un expediente más adecuado para resolver ese problema. En cualquier caso, lo cierto es que la respuesta de Schmitt deja sin resolver la cuestión de quién defiende la Constitución de una posible violación imputable al jefe del Estado. Y no la resuelve porque según sus premisas esa hipótesis no puede plantearse. La razón de esa imposibilidad es la enorme ficción en la que fundamenta su tesis: el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo encarna la unidad de dicho pueblo y la Constitución es expresión de esa unidad. En última instancia el pensamiento de Schmitt identifica, en cierto modo y aunque expresamente no lo formule así, al jefe del Estado con la Constitución misma.

3. *La gran ficción*

Schmitt presenta esta opción del jefe del Estado como defensor de la Constitución como la única alternativa posible a la “ficticia” solución kelseniana. Alternativa, por un lado, coherente, según él, con la propia lógica interna del edificio liberal, y su fundamento, la separación de poderes. Por otro lado efectiva y real, pues Schmitt pondrá en tela de juicio la efectividad de la justicia constitucional en el contexto de un Estado de partidos. Finalmente, lo que no deja de ser sorprendente, como alternativa más democrática, pues Schmitt, frente al intento de establecer un Tribunal Constitucional, subrayará también las dificultades para que un régimen democrático ceda tan fácilmente a “las decisiones de la aristocracia de la toga” la definición de los valores políticos fundamentales del sistema.

En definitiva, para evitar la politización de la justicia y mantener vigente el principio de distribución del Poder, Schmitt propondrá atribuir la función de defensa de la Constitución al jefe del Estado plebiscitado directamente por el pueblo e independiente de los partidos. A la hora de buscar un defensor de la Constitución, “no se aspira tanto a una instancia judicial como a una instancia neutral e independiente, pues sólo se desea utilizar el carácter judicial como el medio más seguro y evidente de conseguir una independencia garantizada por los preceptos constituciona-

les”.⁴⁴ Esa instancia independiente y neutral ya existe. La encarna el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo y encarnación de su unidad. De esta manera las acerbadas críticas al formalismo kelseniano y a sus ficciones concluyen, paradójicamente, con una ficción más peligrosa que ninguna, a saber, la de que el jefe del Estado representa la unidad del pueblo. Según Schmitt, nadie consideraría neutral e independiente a un Tribunal de Justicia integrado por elementos políticos. Por el contrario:

El presidente del Reich se halla en el centro de un sistema —construido sobre fundamentos plebiscitarios— de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo.⁴⁵

Schmitt plantea un problema real: el riesgo de que un Tribunal Constitucional se configure y funcione con arreglo a criterios partidistas, pero ofrece una alternativa fantástica: un jefe de Estado plebiscitado, y por ello independiente, como garante de la Constitución. Ahora bien, garante frente a un problema distinto al que nos preocupa. Porque el que nos ocupa, tal y como Kelsen expuso con claridad no es otro que el que un órgano del Estado viole la Constitución y ese órgano bien puede ser el jefe del Estado. En última instancia, Schmitt lleva razón en su crítica, pero ésta parece más dirigida contra sus propias tesis que contra las de su adversario intelectual. ¿Cómo sino entender esta afirmación, que es premisa central de toda su construcción?: “Parece oportuno en un Estado de derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada (garantizar la Constitución) a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución”.⁴⁶ La brillantez de su estilo, y la agudeza de sus juicios, a lo que en ningún modo puede llegar es a convencernos de que el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo, no es precisamente uno de los poderes de ese Estado.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 242.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 249.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 213 y 214.

IV. LA RÉPLICA DE Kelsen A SCHMITT

La réplica de Kelsen a la acerba crítica de Schmitt a la justicia constitucional apareció en 1931. En ella Kelsen vino a demostrar que, como en una ocasión oí decir al profesor Pedro de Vega, en la obra de Schmitt nos encontramos con “un pensamiento que se destruye a sí mismo”.

Kelsen comienza recordando algo tan obvio como que *defensor* de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. Que éstas pueden provenir tanto del Parlamento como del gobierno resulta igualmente indiscutible. Tan indiscutible como el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa. En este contexto la tesis del jefe del Estado como defensor de la Constitución desempeña hoy la misma función que cumplió cuando fue alumbrada por los ideólogos del principio monárquico: “Lo que en realidad se pretendía —advierte lúcidamente Kelsen— era impedir una eficaz garantía de la Constitución, al menos contra su violación por parte de quien principalmente la ponía en peligro, esto es, del monarca; más precisamente, del gobierno, es decir, del monarca junto con los ministros que refrendaban sus actos”.⁴⁷ Para Kelsen resulta paradójico que Schmitt, tras exponer las profundas transformaciones experimentadas por el Estado constitucional, termine exhumando “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución”.⁴⁸

La realidad, hoy como ayer, no se corresponde con esas afirmaciones. En las monarquías constitucionales decimonónicas el peligro de una violación de la Constitución provenía del gobierno por lo que la tesis del monarca como poder neutro defensor de la Constitución era radicalmente falsa. Tan falsa, recordará Kelsen, como lo es hoy, porque el gobierno y el jefe del Estado en el seno del Estado democrático siguen configurándose como poderes del Estado susceptibles de incurrir en violaciones constitucionales.

Rechazada así la alternativa propuesta por Schmitt, Kelsen procede a defender su construcción de una jurisdicción constitucional concentrada. Las objeciones planteadas son rechazadas en los siguientes términos.

⁴⁷ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 5 y 6.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

La primera y gran objeción de Schmitt a la justicia constitucional consistía, como hemos visto, en la reiterada afirmación de que declarar inconstitucional una ley no es misión de un Tribunal, porque no se trata de una función jurisdiccional sino de una función política. Kelsen rechaza el fundamento mismo de tal afirmación, esto es, la existencia de una contradicción esencial entre jurisdicción y política, puesto que según él entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa no cualitativa. El carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le otorga. Por ello, escribirá Kelsen:

Lo que puede afirmarse es sólo lo siguiente: que la función de un Tribunal constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales, y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional.⁴⁹

En definitiva, Kelsen subraya que la sentencia de un Tribunal constitucional, por ser un acto de legislación (negativa), no deja de ser un acto de jurisdicción, y que ambos tienen carácter político. En última instancia, y aunque ahora no quiera reconocerlo, a ello conduce también el decisionismo de Schmitt, según el cual en toda sentencia de un tribunal existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma.

En segundo lugar, Kelsen rechaza el concepto de jurisdicción de Schmitt en cuanto función vinculada a normas claras. Lo cierto es más bien lo contrario, y ello no sólo en el caso de la jurisdicción constitucional sino en el de cualquier otra: “La jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el derecho”.⁵⁰

Respecto a la imposibilidad alegada por Schmitt de que exista jurisdicción de una norma sobre otra, Kelsen recuerda para explicar la función del Tribunal constitucional la diferencia entre la ley como norma y la generación de la ley como hecho concreto: “Una norma debe ser anu-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

lada en su validez individual o general en razón de que el hecho concreto de su generación se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior”.⁵¹

Llegados a este punto y relativizado así el problema de la jurisdicción, Kelsen se pregunta por qué es tan importante para Schmitt establecer que la justicia constitucional no es jurisdicción, sino legislación cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas. Tan importante que, como hemos visto, Schmitt llega a incurrir en contradicciones evidentes. La razón está clara: de lo que se trata es de negar la posibilidad de encomendar la defensa de la Constitución a un colegio de jueces independientes. Esto es, porque el control de la constitucionalidad no es jurisdicción sino legislación, no puede ni debe ser encomendada a un Tribunal. En este punto Kelsen le recuerda a Schmitt que no debería olvidar un dato incontrovertible: existe un Estado, Austria, en el que durante más de diez años ha funcionado y funciona un Tribunal Constitucional.

Kelsen reconoce abiertamente, como vimos al analizar su exposición inicial, el riesgo de que el Tribunal Constitucional como legislador negativo pueda suplantar al Parlamento, y en ese sentido admite que no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los “límites” de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Y en este sentido, y ante esta cuestión, recuerda, una vez más, que si se desea restringir el poder de los tribunales, y con ello el carácter político de su función, debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Traducido lo anterior al plano constitucional, Kelsen insistirá en que las normas constitucionales “en especial aquéllas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como libertad, igualdad, justicia, etcétera”. De lo contrario, advierte el insigne jurista vienés, “existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución”.⁵² Ahora bien, éste no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es,

⁵¹ *Ibidem*, p. 27.

⁵² *Ibidem*, p. 33.

asimismo, válido para las relaciones entre la ley y los tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican.

Kelsen somete a crítica también algunas de las principales afirmaciones o juicios de índole histórico-político formuladas por Schmitt.

Así, por ejemplo, respecto a la descripción del Reich alemán como Estado total en el que la distinción entre Estado y sociedad ha dejado de tener sentido, Kelsen afirma sagazmente:

No hay que ser necesariamente un adepto de la concepción materialista de la historia, para reconocer que un Estado, cuyo orden jurídico garantiza la propiedad privada de los medios de producción, que mantiene la producción económica y la distribución de los productos como una función fundamentalmente no-estatal, y que relega esta tarea, quizás la más significativa, a un ámbito que sólo como sociedad puede ser diferenciado del Estado, no puede ser un Estado total.⁵³

Ocurre, según Kelsen que la teoría schmittiana del Estado total tiene un objetivo muy claro. Rechazar la distinción entre Estado y sociedad lleva a Schmitt a negar la oposición entre Parlamento y gobierno, y sobre la base de esa negación es posible rechazar la necesidad de establecer un tercer órgano neutral e independiente de ellos (el Tribunal Constitucional) que vele porque no vulneren los límites que la Constitución les ha marcado. Dicho con otras palabras, al no haber oposición entre gobierno y Parlamento, “si el gobierno —el jefe del Estado y sus ministros— se presenta como defensor de la Constitución para protegerla contra leyes anticonstitucionales, el control de la Constitución no es una instancia que pueda ser considerada como parte en causa”.⁵⁴ Frente a dichos postulados Kelsen afirma que en el Estado moderno el antagonismo entre gobierno y Parlamento ha desaparecido tan poco como el antagonismo entre Estado y Sociedad, con el que no es en absoluto idéntico:

No ha perdido su significación, sino que la ha modificado; dicha oposición no expresa ya más el antagonismo entre los sectores sociales representados en la mayoría parlamentaria frente a los grupos de interés que se afirman en el monarca y su gobierno, sino que expresa la oposición entre la

⁵³ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 54.

minoría parlamentaria y la mayoría parlamentaria de la que el Gobierno es su representante.⁵⁵

Kelsen va a concluir su réplica atacando el punto más débil de las tesis de Schmitt, esto es, la consideración del jefe del Estado como generador de la unidad del mismo y del pueblo. “Cuando la Constitución instituye un Tribunal constitucional —escribe— no es una “ficticia judicialidad” sino una institución real... si algo hay que puede ser caracterizado de ficticio es precisamente aquella «unidad del pueblo»”.⁵⁶ El representar de forma visible la unidad del Estado es, sin ninguna duda, la función que desempeña el titular de la jefatura del Estado según todas las Constituciones que establecen tal órgano. Ahora bien, con meridiana claridad y acierto pleno advierte Kelsen que “es ideología, en lugar de realidad, cuando se ve en la institución del jefe del Estado no sólo un símbolo ético-político postulado por la unidad del Estado, sino el producto o generador real de dicha unidad, en el sentido de una efectiva solidaridad de intereses”.⁵⁷ Esa ficción sólo aparentemente democrática podría formularse de la siguiente manera: el pueblo que conforma el Estado es un todo colectivo homogéneo portador, por tanto, de un interés colectivo unitario, y se expresa también mediante una voluntad colectiva unitaria. Esta voluntad que se sitúa más allá de todos los antagonismos de intereses y, con ello, sobre los partidos políticos, no es generada por el Parlamento; éste es el escenario de la contraposición de intereses, de la atomización pluralista, de la fragmentación político-partidista. El generador de dicha voluntad es el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo. El carácter ideológico de una tal interpretación, advertirá Kelsen con acierto, es manifiesto.

Presentar al jefe del Estado como una instancia independiente y neutral cualificada para actuar como defensor de la Constitución es otra ficción más. Su elección democrática tendrá lugar bajo la presión de los partidos y ello no garantiza en modo alguno su independencia. Aquí, una vez más, Kelsen no puede menos que advertir el hecho de que Schmitt concluye con unas afirmaciones que parecen dirigidas contra sus propias tesis. Estamos de nuevo ante el pensamiento que se niega a sí mismo, porque cuando

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 61.

Schmitt defiende la esencia de la “neutralidad” que debe ser el presupuesto de la función de un defensor de la Constitución, se adapta precisamente a un Tribunal constitucional y está orientada contra el jefe del Estado. Y ello por la razón evidente de que el jefe del Estado ni es ni puede ser una instancia diferente de uno de los poderes existentes, cualidad que sí es predicable de un Tribunal creado *ad hoc*.

Establecido que el jefe del Estado no es más neutral e independiente que un colegio de jueces, Kelsen mantendrá, con igual firmeza, que tampoco desde un punto de vista democrático ofrece ventaja alguna: “¿Por qué razón un Tribunal constitucional puede ser un defensor antidemocrático de la Constitución, menos democrático que el jefe de Estado?”.⁵⁸ Las objeciones relativas a la aristocracia de la toga de la que hablaba Schmitt desaparecen simplemente con el hecho de que un Tribunal constitucional elegido por el pueblo o solo por el parlamento representa algo totalmente distinto de una tal aristocracia.

En última instancia ocurre que toda la construcción de Schmitt está viciada de raíz. Como afirma Kelsen, toda su obra está saturada por la tendencia a ignorar la posibilidad de una violación de la Constitución por parte del jefe del Estado o del gobierno. Desde el momento en que Schmitt realiza la afirmación, indemostrada e indemostrable, de que el Tribunal Constitucional se opone sólo al Parlamento, desvirtúa la función de defensa de la Constitución y la transforma en la función de contrapeso del Parlamento. Y ésta otra función, que nada tiene que ver con el control de la constitucionalidad de los actos estatales, le corresponde, cierto es, según la Constitución de Weimar al jefe del Estado.

Con meridiana claridad sintetizará Kelsen los fundamentos filosóficos, y las consecuencias políticas de los mismos, subyacentes en la construcción de Schmitt. Fundamentos y consecuencias, unos y otras incompatibles con el Estado constitucional en la medida que, en última instancia, implican la negación de la democracia representativa y la afirmación de una sólo aparentemente democrática forma de organizar el Estado plebiscitariamente.

En lugar del concepto iuspositivista de Constitución —escribe Kelsen— se desliza la unidad como un ideal iusnaturalista. Con la ayuda de ese concepto puede concebirse el sistema pluralista, cuyo escenario es el Parla-

⁵⁸ *Ibidem*, p. 72.

mento, y con ello la función de este titular de la Constitución como una ruptura de la unidad, dado que destruye o pone en peligro esa unidad que pasa a ocupar el lugar de la Constitución; y puede concebirse la función del jefe del Estado como una defensa de la Constitución dado que restaura o defiende esa unidad.⁵⁹

Efectivamente, toda la construcción de Schmitt puede reducirse a un simplificado y falso escenario en el cual, de los dos titulares del poder del Estado designados por la Constitución, uno actúa como enemigo del Estado y otro como amigo del mismo. Uno pretende destruirlo, es decir, destruir su unidad; el otro, generador de dicha unidad, lo defiende de su destrucción. “El destructor y el defensor de la Constitución; esta es —apostillará Kelsen— con atavíos del derecho público la leyenda de Ormuz y Ahrimán”.⁶⁰

V. EL TRIUNFO DEL MODELO KELSENIANO EN EL TRÁNSITO DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

La trágica experiencia histórica de la República de Weimar se encargó de demostrar cómo la conversión del jefe del Estado en defensor de la Constitución, no sólo no contribuyó al mantenimiento y defensa de los valores constitucionales, sino que, para lo único que sirvió fue para precipitar su destrucción.

Efectivamente el presunto defensor de la Constitución se encargó de destruir a su hipotético enemigo. El jefe del Estado aniquiló al Parlamento alemán y a los partidos políticos que encarnaban el pluralismo. Y con la desaparición de los partidos y del Parlamento, innecesario resulta recordarlo, la Constitución quedó destruida. En este sentido, resulta incuestionable que las tesis de Schmitt partían de una opción ideológica tan clara como nefasta.

Ahora bien, el que dicha ideología totalitaria haya sido felizmente sepultada en el basurero de la historia, y que la respuesta de Schmitt a nuestro problema haya sido por ello también definitivamente descartada, no quiere decir que algunas de las críticas formuladas a la construcción de Kelsen no dejen de revestir una grandísima actualidad. En última ins-

⁵⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 80.

tancia se trata de objeciones que, como vimos anteriormente, ya habían sido anticipadas por el propio Kelsen.

Estas objeciones teóricas no tardaron en manifestarse en la práctica, habida cuenta que la consolidación y posterior expansión del modelo kelseniano coincide en el tiempo con el tránsito del constitucionalismo liberal clásico al constitucionalismo social contemporáneo. Como es sabido, la segunda mitad del siglo pasado se caracteriza por el establecimiento de los Estados sociales a través de Constituciones normativas y por el auge y expansión de los Tribunales Constitucionales. Éstos, reitero, que tal y como he pretendido mostrar en las páginas anteriores, surgieron históricamente como respuesta a la crisis de la concepción liberal de la Constitución, y, por ello mismo, fueron concebidos por su creador Hans Kelsen como instrumentos de defensa jurídica, de garantía, de la Constitución liberal. Por esa razón, el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social implica necesariamente una adecuación de la justicia constitucional que no puede seguir configurándose ya según el estricto marco kelseniano. Y precisamente esta expansión de la justicia constitucional provoca que las críticas subyacentes en la impugnación schmittiana cobren de nuevo vigor.

Fue efectivamente a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando surgen dos nuevas características que permiten diferenciar las nuevas Constituciones de las anteriores: el pluralismo social de los poderes constituyentes y la función transformadora de los nuevos textos constitucionales. Veamos cada uno de estos caracteres.

En primer lugar, la ambigüedad de sus declaraciones dogmáticas fruto del pluralismo reflejado en los nuevos poderes constituyentes:

Es claro que, como consecuencia del sufragio restringido, que opera a lo largo del siglo XIX —escribe Pedro de Vega— al tener sólo acceso a las Asambleas Constituyentes una clase social única y homogénea, las Constituciones podían presentarse como una especie de programa político nacional, en el que sin excesivo utopismo cabría predicar esa claridad que reclamaba Kelsen para sus formulaciones dogmáticas. Naturalmente, al extenderse el derecho de sufragio, y al acceder a las Asambleas Constituyentes representantes de clases sociales diversas, las Constituciones no hayan podido por menos de ser el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares, y a consecuencia del cual surge, como lógico

correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos.⁶¹

En segundo lugar, la conversión de un constitucionalismo garantista y asegurador de esferas de acción privada frente al poder en un constitucionalismo transformador de las estructuras sociales y económicas. La Constitución ya no se configura sólo como un instrumento protector del individuo frente al poder. La cláusula Lellio Basso del artículo 3o. de la Constitución italiana, trasladada al artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, representa un claro ejemplo de ello.

De todo lo expuesto hasta ahora, se puede concluir sin dificultad lo siguiente: Kelsen configura su modelo de justicia constitucional concentrado como el supremo sistema de defensa jurídica de unas Constituciones liberales garantistas y limitadoras de la acción de los poderes públicos. En última instancia, su noble y loable propósito no era otro que garantizar la supervivencia de una idea de Constitución que como hemos expuesto anteriormente atravesaba una dramática crisis global.

Ahora bien, el éxito de la construcción kelseniana coincide en el tiempo con el tránsito del pseudoconstitucionalismo liberal al constitucionalismo social. El dilema de la justicia constitucional contemporánea aparece así formulado por Pedro de Vega, con todo su dramatismo: “¿Cómo se puede compaginar la justicia constitucional, como guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las propias palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales?”⁶²

Desde un punto de vista teórico, el profesor Pedro de Vega nos advierte cómo frente al dilema expuesto sólo caben dos alternativas:

...o bien considerar que los Tribunales Constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua, en cuyo caso, en cuanto legisladores negativos, en buena medida pasan a ocupar el lugar del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien entender que los Tribunales Constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renunciias propias, establecen un *modus operandi*

⁶¹ Vega, P. de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, cit., nota 1, p. 23.

⁶² *Ibidem*, p. 24.

de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de guardianes de la Constitución queda definitivamente lastimada.⁶³

La historia de los últimos cincuenta años se ha encargado de resolver el dilema, y lo ha hecho de una forma notablemente satisfactoria, aunque planteando, a su vez, nuevos y complejos problemas. La justicia constitucional ha contribuido a la consolidación de numerosos regímenes democráticos y ha permitido configurar de forma real y efectiva los textos constitucionales como auténticas normas jurídicas supremas. Ahora bien, para alcanzar dichos resultados los tribunales constitucionales han abandonado hace ya mucho tiempo su condición de legislador negativo. Los tribunales constitucionales son hoy legisladores positivos en la medida en que a través de lo que comúnmente se conoce como sentencias intermedias, crean auténticas normas jurídicas.

VI. EL SURGIMIENTO, CONSOLIDACIÓN Y EXPANSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA

Expuesta la teoría de la justicia constitucional en el pensamiento de su creador, Hans Kelsen, procede examinar el surgimiento histórico y la posterior evolución de los tribunales constitucionales en Europa.

El control constitucional de las leyes se acabó introduciendo en Europa como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a la Federación y los Estados allí donde la Constitución establecía un sistema federal. De la misma forma que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes surge en los Estados Unidos de Norteamérica íntimamente vinculado a la forma federal de la organización territorial del Estado, los primeros sistemas de justicia constitucional aparecen en Europa en el seno de Estados federales.

En 1874, en Suiza se aprueba una Constitución que establece un sistema confederal que evolucionará progresivamente hacia el federalismo. En ese contexto, y para asegurar la supremacía de la Federación sobre los cantones, se introdujo la posibilidad de que una Sala del Tribunal Supremo anulara las leyes cantonales. Esta técnica fue recogida también en Alemania en la Constitución de Weimar de 1919.

⁶³ *Idem.*

En Austria, al elaborar la Constitución de 1920, se plantea igualmente la conveniencia de crear un tribunal que pudiera anular las leyes de los Länder que fueran contrarias a la Constitución. Pero en este país se da un paso más y desde una comprensión más acertada del fenómeno federal, se admite que ese tribunal anule no sólo leyes de los Länder sino también las leyes de la Federación si no respetaban el régimen de distribución de competencias establecido por la Constitución. Y, finalmente, el constituyente austriaco permitió al Tribunal Constitucional enjuiciar las leyes cuando en cualquier proceso del que entendiera tuviera que aplicar una ley inconstitucional.

Como ha recordado el profesor Aja

...este, y no la imitación del sistema americano es el origen del control de las leyes en los Estados europeos. Suiza (desde 1874), Alemania (1919), Austria (1920), todos ellos sistemas federales, admitieron la anulación de las leyes de los cantones y los Länder —y en Austria también de la Federación— cuando resultaran contrarias a la distribución de competencias realizada por la Constitución.⁶⁴

El control correspondía a un solo Tribunal, y no a los jueces ordinarios porque éstos seguían sometidos al principio de legalidad, y los únicos órganos legitimados para recurrir las leyes eran los gobiernos de la Federación o de los Länder o Cantones.

En ese contexto, en el periodo de entreguerras tuvo lugar la dramática crisis de la Constitución ya analizada, y se desarrolló la polémica entre Kelsen y Schmitt también ya examinada.

Fue entonces cuando se extendió la idea de atribuir a los tribunales constitucionales la facultad de anular toda ley que fuera contraria a la Constitución, por cualquier razón y no sólo por vulnerar la distribución de competencias.

En las propuestas de justicia constitucional —escribe Aja— resonaban los ecos de la tradición americana y también de antiguas doctrinas europeas, ahora renacidas, sobre la ley injusta, pero sobre todo pesaba la ventaja de contar ya con Tribunales específicos nacidos por exigencias del federalis-

⁶⁴ Aja, E., “Prólogo” a *Las tensiones...*, *cit.*, nota 9, p. XV.

mo, a los que podía encomendarse una nueva misión, la protección de toda la Constitución frente a las mayorías parlamentarias.⁶⁵

El profesor Cruz Villalón, antiguo presidente del Tribunal Constitucional de España, ha examinado minuciosamente en un libro ya clásico los tres sistemas de justicia constitucional experimentados en Europa con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. La experiencia austriaca fue débil y breve. El Tribunal Constitucional de Austria sucumbió bajo los ataques del totalitarismo nazi en 1933. Un Tribunal semejante, creado en Checoslovaquia en 1920, no llegó a funcionar efectivamente. Finalmente, la vida de nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales fue tan efímera como la de la II República Española.⁶⁶

Ahora bien, a pesar de estos fracasos iniciales, la propuesta de Kelsen no cayó en saco roto, y reforzada por razonamientos semejantes realizados por la doctrina constitucional más consecuente, dio lugar a la generalización en la Europa de la segunda posguerra de un nuevo sistema de control constitucional de las leyes, diferente del americano, y mucho más ambicioso que el establecido en Austria en 1920.

Fue así como, con los precedentes de los tribunales constitucionales checoslovaco (1920), austriaco (1920) y español (1931), a partir de la Segunda Guerra Mundial el modelo de defensa de la Constitución ideado por Kelsen, esto es, un Tribunal Constitucional configurado como legislador negativo, se impuso definitivamente en la mayor parte de los Estados democráticos europeos. La idea de un Tribunal Constitucional como órgano de control de las leyes contrarias a la Constitución recibió una gran aceptación a raíz de las experiencias totalitarias que, en Alemania, Italia, Austria y otros países, habían puesto de manifiesto cómo las leyes pueden vulnerar los derechos y acabar destruyendo el propio Estado de derecho.

Fue por ello primera y principal preocupación de las nuevas Constituciones establecer garantías de su aplicación y del respeto de su contenido por el legislador. Con el restablecimiento de la Constitución austriaca en 1945 se recuperó su Tribunal Constitucional. Las nuevas Constituciones democráticas de Italia (1948) y Alemania (1949) establecieron Tribuna-

⁶⁵ *Ibidem*, p. XVI.

⁶⁶ Cruz Villalón, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

les Constitucionales que podían anular las leyes contrarias a las normas constitucionales de cualquier tipo.

La expansión de la justicia constitucional atraviesa en Europa distintas etapas a las que la doctrina francesa encabezada por el profesor Favoreu se refiere metafóricamente con el término de olas (*vagues*).⁶⁷

En esa primera etapa a la que ya hemos hecho referencia y cuyos hitos centrales son la creación del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y la Corte Constitucional italiana, se incluiría en cierto modo Francia (1958) y aunque no puedan homologarse plenamente como Estados Constitucionales, a los Tribunales Constitucionales de Turquía (1961) y Yugoslavia (1963).

La siguiente ola, o segunda fase de expansión de la justicia constitucional en Europa, tiene lugar en la década de los setenta y primeros años de la década de los ochenta con la creación de los tribunales constitucionales de Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1983) y también, en cierto sentido, el Tribunal Especial Superior de Grecia (1975).

Finalmente, la última etapa comprendería la década final del siglo pasado que con el precedente de Polonia (1985) y tras la caída del Muro de Berlín, vería el establecimiento de Tribunales Constitucionales en la mayor parte de los Estados que habían pertenecido al bloque soviético. Como ha destacado el profesor Fernández Rodríguez, la influencia germana ha sido determinante a la hora de configurar los tribunales de esta última ola, unos tribunales que están llamados a desempeñar un papel esencial en la consolidación democrática de dichos Estados.⁶⁸

En todo caso, lo que importa subrayar es una constante de las sucesivas oleadas expansivas de la justicia constitucional: la estrecha conexión entre justicia constitucional y democracia. La experiencia histórica comparada nos muestra cómo casi siempre la salida de regímenes autoritarios supone la implantación de un Tribunal Constitucional.

De todo lo anterior cabe deducir que no puede, en modo alguno, ser considerada hiperbólica la siguiente afirmación realizada por el insigne jurista francés Louis Favoreu, y que figura como cita introductoria del presente estudio: “El desarrollo de la justicia constitucional es, cierta-

⁶⁷ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 4.

⁶⁸ Fernández Rodríguez, J. J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 30.

mente, el acontecimiento más destacado del derecho constitucional europeo de la segunda mitad del siglo XX".⁶⁹

La referida expansión de los Tribunales Constitucionales por casi todos los ordenamientos europeos constituye la más significativa expresión del éxito del modelo kelseniano. Quizás no esté de más traer a colación algunos muy autorizados testimonios acerca del significado y alcance de la justicia constitucional.

En la República Federal de Alemania, referente indiscutible de la justicia constitucional europea, la labor del Tribunal Constitucional ha sido valorada muy positivamente:

No es concebible una ley fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional, con sus amplias competencias, sin que aquella sufriera una reforma en su esencia. El Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al derecho constitucional. La consiguiente contención de poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución ha hecho arraigar el importante significado de la Ley Fundamental en la conciencia social y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político.⁷⁰

Son palabras suscritas por cuarenta miembros de la Asociación Alemana de Derecho Político en el Prefacio al libro consagrado al XXV Aniversario del Tribunal Constitucional. Los juicios son semejantes en el resto de la doctrina que se ha ocupado de la jurisdicción constitucional como de ningún otro órgano del Estado. También en los sondeos periódicos de opinión el Tribunal Constitucional ha gozado siempre de una posición predominante en la confianza popular.

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional de España, el que fuera su presidente, el profesor Rodríguez Piñero, en la presentación del libro dedicado a los quince años de experiencia de la justicia constitucional española, formuló en 1995 el siguiente juicio:

Nadie pone en duda la importante contribución que las sentencias constitucionales han supuesto para la consolidación del sistema democrático y

⁶⁹ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, cit., nota 67, p. 13.

⁷⁰ Simon, H., "La jurisdicción constitucional", en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons-IVAP, 1996, p. 823.

del Estado de las Autonomías y para la efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas, pero tampoco se debe desconocer que la jurisprudencia constitucional ha transformado también el modo de entender y de aplicar la normativa jurídica.⁷¹

En los demás Estados europeos dotados de Tribunal Constitucional, este órgano, de manera análoga a lo señalado para los casos alemán o español, se ha convertido en pieza fundamental e imprescindible de su sistema jurídico-político. Ahora bien, en ese proceso de consolidación y expansión, la justicia constitucional ha adquirido en Europa una legitimidad propia, que le ha permitido incluso superar los estrechos márgenes en que la teoría kelseniana del legislador negativo la había encorsetado.

⁷¹ Rodríguez Piñero, M., “Presentación”, varios autores, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, CEC, 1995, p. 10.