

más que “derecho civil concretizado”, lo que entendemos no ha sido postulado por nadie.

- Hay que tener cuidado con el uso de una palabra polivalente como es el de “autonomía”, ya que etimológicamente puede significar no depender de nadie, pero también regirse por sus propias normas (*auto* y *nomía*, darse así mismo normas que lo regulan) En tal sentido, se dice que determinados órganos del Estado son autónomos, como por ejemplo los clásicos poderes del Estado y en ciertos países el Ministerio Público. En este caso, es obvio que los fiscales actúan con autonomía, pero eso no significa que no investiguen ni menos que acusen sin pruebas, pues tienen normas que regulan sus actuaciones. Por tanto, en esta línea es claro que los Tribunales Constitucionales son autónomos, pero ellos se rigen por la Constitución, en primer lugar y secundariamente por las leyes relativas a su organización y los procesos que se llevan ante él. No tienen, pues, autonomía externa y menos en relación con terceros pues aquí existen límites.
- Decir que existe una “autonomía” procesal es lo mismo que decir que existe una autonomía de la voluntad o una autonomía en un proceso penal o administrativo. La autonomía bien entendida es capacidad de crear algo de la nada y eso no es factible en normas de orden público como son las normas procesales y que además, representan una garantía contra la arbitrariedad. Existe, si se quiere, “autonomía relativa”, que en el fondo es aptitud o capacidad de interpretación o integración y teniendo como marco el orden jurídico. Más que autonomía estamos ante un “principio de elasticidad” de la norma procesal como lo señala la moderna doctrina. Y por cierto de la capacidad de los jueces al resolver casos sometidos a su jurisdicción.
- Cuando el Tribunal Constitucional peruano ha invocado la “autonomía” es precisamente para incurrir en desatinos o hacer estropicios, como fue, por ejemplo, violar la Constitución en varios casos, como en forma reciente lo ha hecho en el caso “Vásquez Romero” en donde ha desactivado las salas del Tribunal Constitucional, ha desaparecido el derecho a la instancia consagrado en la Constitución y ha yugulado el derecho de defensa y a ser oído, que son derechos fundamentales de las partes.

- Otra argumentación recae en los siguientes temas: a) la incomplección de la ley reguladora de la actividad del TCF que es más bien parca en sus enunciados, y b) la insuficiencia de los métodos de integración jurisdiccional del Derecho. Esto es, llenar vacíos y siempre al interior de un proceso y generalmente desprendidos de la ley o en aplicación analógica. Y todo para el mejor logro de sus fines, sobre todo en la fase de ejecución. Dentro de este espectro se modelan nuevos tipos de sentencias, ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia italianas. Son, pues, “perfeccionamientos”, “afinamientos” y “precisiones” a partir del proceso que no afecta la división de poderes ni menos el ordenamiento constitucional. Se trata de una “autonomía” acotada, o mejor dicho vista la impropiedad del nombre, de elasticidad y discrecionalidad que, dicho sea de paso, la tienen todos los jueces en todo tipo de procesos. Si esto no se observa, como se ha visto en varios casos del Tribunal Constitucional peruano, estamos simplemente ante una arbitrariedad descontrolada.

Si se revisa bien los fundamentos del libro mencionado de la Rodríguez Patrón, se podrá advertir por de pronto que la “autonomía procesal” que estampa en el título por comodidad y que pone entre comillas para resaltar su peculiaridad – o quizá su arbitrariedad - no existe en los hechos, pues lo que se da es una “autonomía procedimental” que tiene muchos límites y que en la práctica se limita a la integración del orden jurídico con elementos tomados de otras partes del ordenamiento procesal alemán o con interpretaciones ingeniosas. Es decir, mucho ruido y pocas nueces que ha terminado “justificando” situaciones no queridas por la autora.

En el caso concreto del Tribunal Constitucional peruano, al margen de ciertos casos esperpénticos (por ejemplo, haber creado un amparo contra amparo, un recurso a favor del precedente, el *per saltum* en la ejecución, haber modificado el sentido de “sentencia estimatoria” entendiéndola al revés, haber nombrado un fiscal supremo desconociendo que esa facultad lo tiene por mandato constitucional el Consejo Nacional de la Magistratura, haber resuelto un conflicto universitario utilizando el Código Civil, etc) lo que señala la doctrina favorable a la tesis creadora de la “autonomía” son, básicamente los siguientes:

- Creación del *amicus curiae*.
- Incorporación del litis consorte facultativo.
- Creación del “partícipe”.
- Informe de hechos en las audiencias.
- Adecuación de plazos.
- Reconversión de ciertos procesos para una mejor consecuencia de los fines que se pretende.
- Tipología de las sentencias constitucionales.

Como se ve, estos temas son inocuos, no rompen ninguna prohibición normativa y en última instancia esto lo hace cualquier Tribunal que se estime y sin necesidad de recurrir a conceptos inatingentes como el de “autonomía procesal”. Pero es solo el Tribunal Constitucional el que incurre en excesos notorios “contra leggem” y “contra constitutionem”. Más aun, cuando con no disimulada soberbia se proclamó hace algunos años como “vocero” del poder constituyente, encargo que nadie le ha asignado.

11. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

En los principales países de la América Latina fue importante desde un principio la ley y su fiel cumplimiento. Pero esto fue poco a poco matizándose y ya en el siglo XX se dio una mayor importancia a lo resuelto por los jueces. Esto es, la jurisprudencia en diversas áreas, en especial las clásicas de orden civil y penal, que si bien no eran compulsivas, eran orientadoras y buscaban sistematizar lo existente y sobre todo que se presenten claros signos de predictibilidad para los justiciables. Esto fue algo temprano en algunos países y más tarde en el resto. Pero el movimiento a favor de esta jurisprudencia más o menos vinculante se hace extensivo a partir de los años cincuenta del siglo pasado y aun antes. Es ahí cuando las influencias y corrientes de opinión dejan de guiarse únicamente del Derecho francés y español, y empiezan a considerar el mundo sajón norteamericano. Esto último, evidentemente, como producto de las inversiones que se realizan en nuestros países y además por un mejor conocimiento de la tradición del “common law” y de los intercambios universitarios, culturales y comerciales. Pero en general este fenómeno de la recepción empieza en el siglo XIX y se proyecta en el XX. Dentro de él aparece la figura del “precedente” que con este nombre o sin él se incorpora a nivel

constitucional en forma plena a partir de los años 80 del siglo pasado. Y esto nos muestra en términos generales dos extremos: por un lado el precedente peruano, bastante ceñido. Y por otro, la experiencia argentina y en cierto sentido la colombiana, que son más flexibles, más la primera que la segunda. El caso del Brasil es curioso, pues siendo posterior a la normativa peruana tiene obligatoriedad pero con un diseño y armado “sui generis”, que lo coloca como un esfuerzo distinto a lo que es frecuente en el resto de la América Latina, aun cuando quizá los fines que se persigan sean los mismos.

La incorporación del “precedente” no deja de suscitar problemas y cuestionamientos, ya que es una institución propia de una familia jurídica distinta a la nuestra y aun más la forma como se incorpora y sus modalidades. Pero pasado el tiempo, la figura del precedente se ha incorporado a nuestros ordenamientos, en especial el constitucional y no retrocederá. Es decir, no obstante su origen foráneo llegó para quedarse. Pero permanece como tarea pendiente saber cómo opera, qué alcanza, cuáles son sus modalidades y con qué características. Y sobre todo que no caiga en arbitrariedades y excesos. Y son las experiencias surgidas a su amparo las que motivan cuestionamientos y reflexiones que siguen vivas y además en forma no pacífica. Ese es el reto que ante sí tienen abogados, jueces y académicos.

12. BIBLIOGRAFÍA

Sobre el tema del precedente, la literatura, sobre todo en inglés, es inabarcable. Lo existente en el ámbito hispánico es generalmente de divulgación y de segunda mano, al margen de traducciones no siempre acertadas. Aquí nos limitaremos a lo esencial. Un enfoque panorámico, cf. Th. F.T. Plucknett, *A concise history of common law*, Little, Brown and Co, Boston 1956. En lo referente a los Estados Unidos, cf. Mark Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015 y André y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*, UNAM, México 1957 (trae un largo capítulo sobre el precedente). Sobre Inglaterra, cf. Hilaire Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 10th edit., Routledge 2013. Sobre el precedente en general, vid. Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, Oxford University Press, N. York 2008; Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, N. York 2008, Thomas G. Hansford y James F.

Springs II, *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*, Princeton University Press, N. Jersey 2008 y Saul Brenner y Harold J. Spaeth, *Stare Indecisis. The alteration of precedente on the Supreme Court: 1946-1992*, Cambridge University Press, N. York 2006 (provocador desde el título). Un panorama global sobre el tema lo desarrolla Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, N. York 2012 (entre lo "no escrito" figura en lugar destacado las interpretaciones de la Corte Suprema federal). Entre aquellos que han escrito sobre el tema en castellano, yendo directamente a las fuentes y sin intermediarios (lo cual no es usual) destacan el de Ana Laura Magaloni Kerpel, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid 2001 y Victoria Iturralde Sesma, *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid 1995; en línea similar se encuentra Robert S. Barker, *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Edit. Grijley, Lima 2014 (si bien escrito originalmente en inglés, el autor lo hizo especialmente a mi pedido y para ser traducido y publicado en el Perú, primero en 2009 en una revista especializada y luego revisado y con agregados en 2014 como libro). Sobre el problema de la creación en el Derecho, cf. Eugenio Bulygin, *Los jueces ¿crean derecho?* en "Isonomía", núm. 18, abril de 2003 y más ampliamente Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, FCE, México 1956 (con reimpressiones).

En lo referente a países, anotamos los siguientes. Para México véase Ignacio Burgoa *El juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México 1995, pp. 817-836 y los más recientes relacionados con las modificaciones constitucionales: Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El nuevo juicio de Amparo. Guía de la reforma constitucional y de la nueva ley de Amparo*, UNAM-IMDPC-Porrúa edit., México 2013; Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho de Amparo*, UNAM-Porrúa edit., México 2011 y la voz *Jurisprudencia judicial* a cargo de Ezequiel Guerrero Lara en "Enciclopedia Jurídica Mexicana", Edit. Porrúa-UNAM, tomo IV, México 2002. Para la Argentina, Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 3 tomos, Buenos Aires 1996-1997; Néstor P. Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Astrea, Buenos Aires 2007 y Daniel A. Sabsay, dirección y Pablo L. Manili, coordinación, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Edit. Hammurabi, 5 tomos, Buenos Aires 2010-2016. En el caso de Colombia: Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Universi-

dad Externado de Colombia, Bogotá 2005; Diego E. López Medina, *El derecho de los jueces*, Edit. Legis, 2da edic., Bogotá 2008; Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Grupo editorial Ibáñez, 4ta edic., Bogotá 2012; Manuel F. Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, Edit. Temis, Bogotá 2015. En el Perú: Susana Castañeda Otsu, Directora, *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Edit. Grijley, Lima 2010; Jhonny Tupayachi Sotomayor, Compilador, *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, Edit. Adrus, 2da edición, Lima 2014; Luis Castillo Córdova, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2014; AA.VV., *Código Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 3ra edic., Lima 2008 (contiene todos los antecedentes, desde su primera versión puesta en circulación en 2003 en calidad de anteproyecto y que circuló ampliamente, hasta el proyecto final, el debate parlamentario y la aprobación del texto oficial a principios de 2004). Un comentario detenido de la ley 23506 y sus antecedentes, cf. Alberto Borea Odría, *Las garantías constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo*, JVC ediciones, Lima 1992. De acuerdo a datos proporcionados por la revista "El Magistrado", núm. 61, agosto de 2016, en el periodo enero-julio de ese año, se instalaron y sesionaron cinco plenos jurisdiccionales en la Corte Suprema peruana. Sobre la "autonomía procesal" véanse César Landa Arroyo, *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú* en AA.VV., "Proceso y Constitución", Giovanni F. Priori Posada, editor, Ara Editores-PUCP, Lima 2011 y Gerardo Eto Cruz, *Una problemática no resuelta en la jurisdicción constitucional en Latinoamérica. ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?* en la obra del mismo autor: "Constitución y procesos constitucionales", Edit. Adrus, tomo II, Lima 2013. Un análisis crítico en Juan Monroy Gálvez, *La Teoría del Proceso a la luz lánguida del Tribunal Constitucional peruano: Sobre la presunta "autonomía procesal constitucional"* en "Revista Peruana de Derecho Público", núm. 16, enero-junio de 2008. En el caso de Bolivia: *Sistematización de la jurisprudencia constitucional y precedentes obligatorios en derecho procesal penal*, Tribunal Constitucional y Cooperación Técnica Alemana, José Antonio Rivera, Consultor, tomo I, Sucre 2008; AA.VV. *Realidad y perspectivas del constitucionalismo boliviano*, Memorias del 2do Congreso Boliviano de Derecho Constitucional, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2014 (trae un interesante artículo de Jorge Asbun sobre

el precedente) y AA.VV. *Código Procesal Constitucional*, Coordinadores, Richard E. Cardozo y William Herrera Nuñez, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2014. En el Brasil: Gilmar Ferreira Mendes y Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo 2013; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, Edit. Rev. Dos Tribunais, 2ª. Edic, Sao Paulo 2011(hay traducción castellana, incompleta) y André Ramos Tavares, *Nova ley da Súmula Vinculante. Estudos e Comentários á Lei 11.417 de 19.12.2006*, Editora Método, 2da edic., São Paulo 2007. La edición de la Constitución hecha por la prestigiosa editorial Saraiva en 2014 recoge hasta ese momento 32 súmulas vinculantes en un periodo de 10 años, cada una con una extensión aproximada de cinco líneas condensadas en un párrafo.

Las únicas fuentes sobre la denominada “autonomía procesal” se encuentran en los trabajos de Patricia Rodríguez Patrón, interesantes pero sin mayor conocimiento del mundo procesal que, como decimos, ha sido interpretada antojadizamente en los predios peruanos y en algunos países del área y además partiendo de una traducción incorrecta que soslaya la diferencia entre “procedimiento” y “proceso”. Ellos son: *La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 62, mayo-agosto de 2001 en donde leemos a pie de la página 129, nota 16: “Aquí hemos preferido la traducción de *Verfahrensautonomie* por “autonomía procesal” para evitar equívoco respecto a la “autonomía reglamentaria””; *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid 2003 y *La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional*, Iustel, Madrid 2005 en donde señala que “...la polivalencia del concepto de autonomía ha contribuido a su diversidad de aplicaciones que se alejan de las primeras asociadas al Derecho Privado....una de esas aplicaciones ha tenido como objeto a la potestad de los órganos constitucionales de regular todo aquello que tiene que ver con su organización y funcionamiento” (pág. 36) que es la “autonomía normativa”...las otras dos que estudia la autora son la “autonomía organizativa” y la “autonomía presupuestaria” (sic).

Entre los relativamente escasos estudios generales en el área, señalamos: Alejandro M. Garro, *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del Derecho Comparado* en “Revista Española de Derecho Constitucional”, núm. 24, septiembre-

diciembre de 1988; José Antonio Rivera Santivañez *Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional* en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, núm. 9, 2005; Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro, Coordinadores, *Estudios al precedente constitucional*, Palestra edit., Lima 2007 y Eduardo Oteiza, *El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina* en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, núm. 10, 2007.

Útiles me han sido la información y criterios intercambiados con diversos colegas, entre los que menciono a Eduardo Ferrer MacGregor, Edgar Carpio Marcos, Luis Sáenz Dávalos, Francisco Morales Saravia, Pablo L. Manili, Alan E. Vargas Lima, Luis Castillo Córdova y Edward Alexander Dyer Cruzado. *Last, but not least*, Robert S. Barker, por las valiosas orientaciones que me dio en referencia al precedente en el mundo sajón.

Lima, septiembre de 2016.

CAPÍTULO X

UN LARGO VIAJE EN BUSCA DE UNA NUEVA DISCIPLINA. O CÓMO APARECIÓ EL “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL” EN AMÉRICA LATINA*

SUMARIO: 1. Liminar. 2. Las primeras indagaciones. 3. Los efectos de la Guerra Civil española. 4. La producción procesal de Alcalá-Zamora y Castillo (1933-1938). 5. La producción argentina de Alcalá-Zamora y Castillo (1942-1946). 6. El significado y los alcances del nuevo concepto: “derecho procesal constitucional”. 7. Sigue: los alcances del nuevo concepto. 8. Lo que pasó en México (1946-1956). 9. De 1956 en adelante: enfrentando una realidad. 10. ¿Convergencia, divergencia o vidas paralelas? Europa y América Latina.

1. LIMINAR

El nombre y la disciplina “derecho procesal constitucional” está en circulación en nuestra América desde hace ya un buen tiempo. Diría yo que más de treinta años, si bien sus orígenes son muy anteriores. Y con ello se quiere significar el problema del control de la constitucionalidad de las leyes, la defensa de la jerarquía normativa y de los derechos fundamentales, que es la versión interna de lo que a nivel internacional se conoce como derechos humanos. O si se quiere, viendo el grado de recepción en la dogmática, el de derechos constitucionales (que son aquellos derechos fundamentales que son recogidos en las constituciones de los Estados).

Este problema, o si se quiere, esta materia, es objeto de estudio y tratamiento desde mediados del siglo XIX, de manera especial en

* El presente texto es una síntesis de mi intervención en el Seminario “Sistemi e modelli di Giustizia Costituzionale”, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna, el 31 de marzo de 2009. Y ha sido publicado en diversas compilaciones y revistas. La versión que ahora se presenta ha sido revisada, corregida y se la han hecho algunos ajustes y ampliaciones (diciembre de 2012).

México y en la Argentina, pero también en otros países como Colombia y Venezuela. Y en cuanto tal, fue estudiado dentro del amplio campo del Derecho Constitucional y en los manuales al uso.

Posteriormente y a partir de la década de 1930 se emplea el término “jurisdicción constitucional” y solo más tarde se empezará a usar el de “derecho procesal constitucional”. Sin embargo, persiste entre nosotros el uso de ambos conceptos, toda vez que no se da una clara diferenciación teórica entre ambos, y se mantienen posiciones distintas y a veces encontradas sobre lo que debemos significar con cada uno de ellos.

Es decir, los conceptos “derecho procesal constitucional” y “jurisdicción constitucional” encierran variedad de enfoques en lo referente a sus fundamentos teóricos, a su configuración y a sus alcances. Si bien en cuanto a aplicaciones o desarrollos prácticos, los desacuerdos son menores y más bien existe gran cantidad de planteos o aproximaciones comunes, que son aceptados, más o menos en forma pacífica.

En Europa, por el contrario, se da el caso de que desde la década de los sesenta del siglo XX y aun antes, se usa el más ambiguo y tradicional de “justicia constitucional”, de preferente uso en Italia, Francia y España. Pero en ninguno de estos países se ha intentado una fundamentación teórica rigurosa y menos lidiar con sus problemas de configuración jurídica, lo cual llama la atención, teniendo en cuenta el poderoso movimiento jurídico europeo que a ello se consagra y los avances notables que tiene en otras áreas. Por cierto, que hay excepciones, como es el caso de Charles Eisenmann en la década de 1920 y más recientemente a Mauro Cappelletti (década de 1950), Jesús González Pérez (en 1980) y Louis Favoreu (década de 1980).

El propósito de estas líneas es indagar por el origen científico de la disciplina llamada “derecho procesal constitucional”, en la medida que tratamos de fijar cuándo se usa el nombre por primera vez o por lo menos en forma indubitable, qué cometidos se le asigna y que alcances y temas le corresponden. Y esto sucedió a mediados de la década de 1940, en la Argentina y como fruto de la labor académica de un gran jurista español: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Si bien, como en todo, ello fue fruto de un largo proceso de maduración que se inició varios años antes.

2. LAS PRIMERAS INDAGACIONES

De antigua data son los conceptos de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”, relativamente fáciles de ubicar y con una concreción sencilla (pues los términos de justicia civil o justicia penal se usaron desde épocas muy tempranas, aun cuando esto ya se ha superado largamente). Y adicionalmente, el más nuevo de “derecho procesal constitucional”. Pero es bueno hacer un breve *excursus* sobre ellos.

El más conocido, por lo menos en el ámbito europeo, es el de “justicia constitucional”. Que se emplea para describir los procesos que se llevan ante los órganos calificados o competentes. Acerquémonos a dicho concepto, tal como se emplea, en forma tan difundida, en Italia.

Cabría explicarse o por lo menos intentar ver, cómo así se ha impuesto el término de “justicia constitucional” para designar a los tópicos que trata la Corte o un Tribunal Constitucional. En el caso de Italia, la primera vez que esto se discute es a raíz del “Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil”, que se lleva a cabo en Florencia (30 de septiembre – 3 de octubre de 1950), al cual asisten eminentes maestros de Europa y de América y algunas personalidades sobresalientes del mundo procesal, como es el caso de Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, entre otros. Y por cierto, aprobada y en vigencia la Constitución de 1947, pero aun sin funcionar la Corte Constitucional, era evidente que ésta era uno de los temas más interesantes y en todo caso el que más desafíos presentaba en aquel momento, ya que carecía de antecedentes en el país. Es decir, los aspectos procesales que presentaba la nueva Constitución italiana. A lo que se dedicaron una buena parte de las intervenciones, pero usando conceptos tales como control constitucional, legitimidad constitucional, ilegalidad o ilegitimidad constitucional, leyes inconstitucionales y otros términos parecidos.

En aquella época, el concepto “justicia constitucional” no se usaba. Las valiosas contribuciones de Mauro Cappelletti empiezan en 1955 con su libro sobre la jurisdicción constitucional de las libertades, en donde lo que se emplea es el de “jurisdicción constitucional”. Y así lo hará en otros textos sucesivos, dependiendo en algo del contorno en el cual se mueve (cuando publica textos en inglés y en los Estados Unidos, usa preferentemente el término frecuente allá de “judicial re-

view"). No obstante, es curioso observar que en un primer momento Cappelletti utiliza literalmente el concepto "derecho procesal constitucional" en un homenaje a su maestro Calamandrei, a quien considera el fundador de esta disciplina en Italia (cf. *In memoria di Piero Calamandrei*, CEDAM, Padova 1957, pág. 76, nota 97), que usará en el futuro muy eventualmente. Sin embargo, ya a mediados de la década de 1960, empieza a usarse en Italia el concepto de "justicia constitucional" que hoy está ampliamente extendido. Pero aun así, muchos manuales de la época (como el de Biscaretti di Ruffia) prefieren el de "jurisdicción constitucional".

Ahora bien, ¿de donde viene este uso? Tengo la impresión de que fue tomado de la publicística francesa, que la creó en la década de 1920 y gracias a Charles Eisenmann. Este jurista, discípulo de Kelsen en Viena, no solo presentó su tesis doctoral sobre "la justicia constitucional en Austria" en 1928, sino que el mismo año tradujo con la aquiescencia de Kelsen, la famosa ponencia de éste sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Según Eisenmann, así como hay una justicia civil que tiene que ver con las leyes civiles, y una justicia administrativa relacionada con las leyes administrativas, existe una justicia constitucional que se encarga y trata las leyes constitucionales. Pero solo en cuanto éstas son afectadas por otras normas, es decir, cuando la Constitución es puesta en entredicho o desconocida por otras leyes de inferior jerarquía. Y esto por cuanto la Constitución tiene el carácter de suprema en relación con el resto del ordenamiento y hay que usar determinados instrumentos para defenderla, que son de carácter jurídico. Eisenmann asumía, pues, que la Constitución es un documento jurídico y que existía la pirámide normativa, en lo que seguía fielmente a su maestro. Esto explica porque Kelsen no tuvo ningún inconveniente en aceptar que Eisenmann añadiese en el título de su traducción al francés el membrete de "justicia constitucional", no solo porque el original en alemán no tenía título alguno (fue presentado al Encuentro de Profesores Alemanes de Derecho Público realizado en Viena en abril de 1928, dentro de una temática amplia) sino porque Eisenmann creía que la justicia constitucional era un instrumento jurisdiccional que defendía la Constitución y no otra cosa. Lo cual demuestra que pese a su enorme cultura, Kelsen no había visto el problema procesal que podría traer la defensa de la Constitución, lo cual era perfectamente explicable en la Francia en aquella época y también en el resto de Europa. Es cierto que existían algunos

avances en el mundo del proceso, y en la misma Alemania en fecha relativamente reciente gozaba de gran influencia la obra fundamental de Adolf Wach (1885). Y por cierto la de James Goldsmichdt, que publicaba en la misma época en que Kelsen escribía. Pero nada hace suponer que Kelsen los conociera. De hecho, el texto fundamental de Kelsen de 1928 descansa en la armazón teórica que había elaborado tres años antes en su famosa obra "Teoría General del Estado" (*Allgemeine Staatslehre*) y ella, si bien menciona el problema de la constitucionalidad de las leyes, se apoya básicamente en la literatura clásica sobre Teoría del Estado, sin referencia alguna con el mundo procesal.

Por circunstancias que habría que dilucidar con calma en otra oportunidad, no obstante que el mundo académico francés privilegiaba el uso de "jurisdicción constitucional" en la década del 20, a la larga se impuso el planteo de Eisenmann, que se generalizó sobre todo con la puesta en marcha del Concejo Constitucional en 1958. Entiendo, pues, que ese planteo que viene de Francia, llega no solo a Italia años más tarde, sino también a España, pero con mucha anterioridad (lo usa Legaz Lacambra a principios de la década de 1930, seguramente por influencia de Eisenmann). Y de ahí se extiende a otros lugares.

En América Latina no fue así. Y esto por especiales circunstancias históricas que conviene recordar.

3. LOS EFECTOS DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA

Después de la llamada Gran Guerra, que tuvo efectos devastadores y que marca el inicio de una nueva época, los sucesos de mayor envergadura son la Guerra Civil española (1936-1939) y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Y si bien ambas se desarrollan con independencia, es indudable que la primera en cierta manera condicionó o afectó, si bien parcialmente, el desarrollo de la segunda. De hecho, si España no hubiera atravesado por una guerra civil como lo hizo, lo más probable es que hubiera participado en la Segunda Guerra Mundial, si bien es difícil decir en que bando se hubiera ubicado.

Pero como consecuencia de ellas, se dio un fenómeno interesante. En la Segunda Guerra Mundial salieron huyendo de Alemania y de algunos países europeos, científicos e intelectuales de muy diversa especialidad hacia otros continentes. En especial a América, sobre todo a los Estados Unidos.

En el caso de la Guerra Civil española, con el triunfo del franquismo, hubo una diáspora de los no-franquistas, algunos republicanos y otros que en estricto no lo eran, que fueron a parar a los hospitalarias tierras de la América Latina, sobre todo a la Argentina y a México. Estos dos países fueron los preferidos por la migración española, y dio cabida al término de “transterrados” que algunos españoles en el exilio acuñaron (en especial José Gaos).

Entre estos se encontraban dos españoles: un importante político y humanista y un joven y promisorio profesor y jurista. Eran Niceto Alcalá-Zamora y Torres y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, padre e hijo respectivamente. El padre había sido el primer Presidente de la República española durante un periodo relativamente largo (1931-1936) de donde salió por una conjura política de la época. El segundo era un joven profesor dedicado al área del Derecho Procesal, con importantes publicaciones en esa época y vinculado, como su padre, a las fuerzas republicanas o en todo caso, nada simpatizantes con las fuerzas de Franco. Que al final se impusieron sobre las demás, instaurando una larga dictadura que duró casi cuarenta años.

Ahora bien, en España la Constitución republicana de 1931 había creado el Tribunal de Garantías Constitucionales, siguiendo el modelo austriaco, pero con ciertas licencias. Entre ellas, un proceso especial, el Amparo, tomado de la experiencia mexicana. Y esto hizo pensar que se estaba ante un nuevo tipo de jurisdicción, distinto de las demás y que motivó, como era de esperarse, grandes reflexiones.

Y a esto no era ajeno Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, catedrático en esa época - o sea, el más alto nivel académico dentro de la universidad española - en la especialidad de Derecho Procesal y en la Universidad de Valencia. Tenía además una sólida formación y un amplio conocimiento de las corrientes procesalistas de la época, y esto se confirmó años después, cuando alcanzó un alto sitial en la disciplina.

Pero fue precisamente este exilio, forzado por las circunstancias, lo que hará posible años más tarde, la concreción y difusión del concepto “derecho procesal constitucional”.

4. LA PRODUCCIÓN PROCESAL DE ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1933-1938)

La producción de Alcalá-Zamora y Castillo en materia procesal ha sido abundante y cubre largos años. Conviene aquí, sin embargo,

señalar las que nos interesan para los fines de esta comunicación. La primera es una conferencia sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales que era una novedad absoluta en el constitucionalismo español, y que fue incorporado siguiendo el ejemplo de Austria y en menor grado de Checoslovaquia (éste último, como se sabe, no solo es posterior al austriaco desde el punto de vista de la dogmática - aun cuando lo precedió en la normativa constitucional - sino que no tuvo ninguna trascendencia y al final desapareció como Tribunal y en la actualidad no existe el país que lo albergó: Checoslovaquia desapareció en 1992). Así, dentro de las atribuciones que se incorporan al nuevo Tribunal, Alcalá-Zamora señala dos:

- 1) Recurso de inconstitucionalidad de las leyes, que se toma de Austria, y
- 2) Recurso de Amparo, en defensa de las garantías individuales.

El más novedoso en el ámbito europeo era el recurso de Amparo, que era un proceso especial para la defensa de las llamadas garantías individuales (o sea, derechos individuales) que tomaron, si bien de manera algo libre, de la experiencia mexicana. Esto se debe a que en esa época y durante largos años, vivió en Madrid el constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes, que estuvo muy vinculado con la comunidad jurídica española, a la cual hizo conocer en detalle como funcionaba el Amparo mexicano, que de esta manera hizo su ingreso al Derecho español (y hasta ahora se mantiene, si bien con otra estructura y fines). Reyes había llegado a España por razones políticas y ahí publicó mucho: era hijo de un prestigiado pero discutido líder porfirista que combatió la revolución mexicana, el general Bernardo Reyes y además hermano de quien luego sería un escritor y ensayista de fama: Alfonso Reyes (cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de Amparo en México y España*, Edit. Porrúa, México 2002, pp. 123-135).

Dicha conferencia, que editó en folleto (cf. *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Editorial Reus, Madrid 1933) hizo referencia a algunos conceptos de orden procesal que con el tiempo tendrán gran importancia: las "partes" y el "proceso constitucional", los cuales precisamente se llevaban ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Y en paralelo publica su *Programa de Derecho Procesal*, Librería Porto, Santiago de Compostela 1933, en donde acuña el término "derecho procesal constitucional" para referirse a

las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Tribunal de Cuentas pero sin mayores datos y en forma muy diluida e imprecisa, propio de quien entra a un área nueva y no transitada.

Más tarde, elabora un largo ensayo titulado “El Derecho Procesal de España desde el advenimiento de la República al comienzo de la guerra civil”, que publica en la *Rivista di Diritto Processuale Civile* en 1938, en donde dentro de un espectro más amplio vuelve a tratar esos temas. Y además se refiere expresamente a una “legislación procesal constitucional”.

Se trata pues de lo siguiente: a raíz de la introducción en la Constitución española de una nueva institución como es el Tribunal de Garantías Constitucionales, se presentan nuevos problemas relacionados con algo novedoso, como es la existencia de “procesos constitucionales” que se llevan o desenvuelven precisamente ante un órgano *ad hoc*, que tiene carácter jurisdiccional. Y que justamente son el acicate para estas reflexiones si bien no muy precisadas todavía, en relación con el nuevo nombre: “derecho procesal constitucional”.

5. LA PRODUCCIÓN ARGENTINA DE ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1942-1946)

El estallido de la guerra civil sorprende a Niceto Alcalá-Zamora y Torres cuando estaba de viaje por el norte de Europa y enterado del saqueo de su casa e incautación de sus bienes personales, decide no volver a España y con sus hijos, entre ellos el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, se asilan en el país vecino. Los dos, pues, parten a Francia y ahí permanecerán de 1936 a 1940; primero en París y luego en Pau, cerca de la frontera española y con el proyecto de irse a la Argentina. La derrota francesa y la ocupación de París por los alemanes en 1940, aceleran su viaje a América, a la que parten desde el puerto de Marsella.

El viaje de los Alcalá-Zamora a América duró 441 días....la guerra había estallado y los conflictos e incursiones andaban por todas partes, sin descartar los bloqueos en alta mar y los innumerables controles y visados. Y eso explica las numerosas paradas, esperas y rodeos que tuvieron que hacer en ese periplo relativamente corto, pero que resultó inmensamente largo. Solo se puede comprender esta penosa travesía si apreciamos en toda su dimensión una película que puede ser considerada como clásica: “Casablanca” con la inolvidable

actuación de Humphrey Bogart e Ingrid Bergman. Pues curiosamente también los Alcalá-Zamora tuvieron que recalar en Casablanca...

Al final, llegaron a Buenos Aires en los primeros días de 1942 y ahí permanecieron varios años (cf. Niceto Alcalá-Zamora, *441 días..... Un viaje azaroso desde Francia a la Argentina*, Edit. Sopena Argentina, Buenos Aires 1942). El padre, Niceto Alcalá-Zamora y Torres, se resistió en regresar y murió en el exilio en 1949. Años más tarde, con todos los honores, fue repatriado en 1979 a España, vuelto el país a la democracia.

Pues bien, lo que hizo inmediatamente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, fue conectarse de inmediato con el mundo procesal argentino y se dedicó a dictar clases y otras tareas de orden académico. Y algo parecido hizo su padre. Pero el hijo además tuvo una excelente idea y fue así como juntando diversos ensayos suyos publicados en los últimos años, los reunió en un libro con el siguiente título: *Ensayos de Derecho Procesal. Civil, Penal y Constitucional*, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1944, en donde incluyó los dos ensayos que hemos mencionado anteriormente, no así el *Programa*. Con lo cual el nombre "derecho procesal constitucional" quedó así recogido y plenamente consagrado en el título de un libro que contenía gran cantidad de textos alusivos.

Un segundo paso, en cierto sentido decisivo, lo dio a raíz de sus colaboraciones con la "Revista de Derecho Procesal" que por aquel entonces dirigía el gran procesalista Hugo Alsina y que se publicaba en Buenos Aires. Aquí tenía a su cargo una sección destinada a lo que llamó "miscelánea de libros procesales" y en donde publicaba un poco de todo. Y en especial reseñas bibliográficas, que años más tarde, con otros materiales, reunió en dos gruesos volúmenes.

Es en esta revista donde publica un comentario sobre el artículo de Emilio A. Christensen, titulado *Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los writs de mandamus e injunction*, aparecido en la "Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero", núm. 2, diciembre de 1944. Ahí destaca los Códigos de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal de Santiago del Estero de 1941, a partir de los cuales ha tenido una larga expansión el Amparo, que fue incorporado por vez primera en la Convención Reformadora de Santa Fe (1920), así como de los esfuerzos por hacerlo extensivo a nivel federal, lo que, como se sabe, será creación pretoriana en 1957

y legal en 1966. Añade que es un error haber llevado el Amparo a un Código de Procedimiento Civil, puesto que el Amparo tiene naturaleza procesal constitucional y merece una ley especial. Agrega que es lo mismo que un Habeas Corpus, que no debería estar en un Código de Procedimiento Penal. Que cuando una constitución consagra el Amparo y el Recurso de Inconstitucionalidad, independientemente de la jurisdicción y del procedimiento, son instituciones que pertenecen al derecho procesal constitucional (sic) que es “tan inconfundible con el proceso civil o el proceso penal, como estos pueden serlo entre sí” (“Revista de Derecho Procesal”, 2da parte, año III, 1945, pp.77-78).

En él, al analizar el contenido y detectar que en algunas provincias argentinas existe el Amparo, si bien es cierto, que de manera algo distinta al modelo mexicano, y por otro el Habeas Corpus, de origen sajón para resguardar básicamente la libertad y seguridad personales, deduce que no están debidamente ubicados. Esto es, lamenta Alcalá-Zamora que el Amparo se regule en el código de procedimientos civiles y el Habeas Corpus en el código de procedimientos penales. Señala luego que tales instrumentos procesales trascienden el ámbito civil y el penal y más bien defienden valores constitucionales, por lo que sería mejor ubicarlos en una legislación procesal constitucional, término y concepto que había utilizado y analizado en años anteriores. Y que todo esto no correspondía al derecho procesal civil o al derecho procesal penal, sino al “derecho procesal constitucional”. Y así lo dice con todas sus letras.

De esta suerte, el término *derecho procesal constitucional* quedó firmemente asentado y por escrito, si bien de manera algo sucinta. Apuntado levemente en su *Programa* de 1933 y luego en su libro compilativo de ensayos de 1944, lo redondea ahora con motivo de una reseña bibliográfica al año siguiente.

Dicho en otras palabras: el periodo 1944-1945 marca la definición y el uso de un nuevo concepto: el “derecho procesal constitucional”. Y en forma tan clara que de aquí en adelante ya no habrá retrocesos.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, procesalista español con vastos conocimientos del moderno Derecho Procesal, exiliado político que vive en la Argentina, consagra un nuevo término: Derecho Procesal Constitucional. Y además crea o consolida una nueva disciplina en sus rasgos básicos. Y esto en un breve periodo: 1944-1945, si bien anticipado por una intuición de 1933.

Más tarde, en 1947, reiterará ese aserto en un libro que publica en México, a donde entonces se había trasladado y en donde permanecerá más de treinta años. Pero es interesante señalar que un profesor español, con su propia experiencia en la península, que viaja a la Argentina donde había entonces una importante escuela procesal, y que luego radicará en México, forja el concepto, lo difunde y lo hace conocido. Y esto en un periodo breve: 1944-1945 o si se quiere 1944-1947. Él es pues quien crea el *nomen iuris* y sienta las bases de la disciplina, como fruto de una larga dedicación al tema, si bien no en forma exclusiva, pues cultivó también otros temas.

6. EL SIGNIFICADO Y LOS ALCANCES DEL NUEVO CONCEPTO: "DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL"

La pregunta que surge de inmediato es cómo así surge el concepto en medio de tan especiales y azarosas circunstancias. Y creo que podemos agruparlas en las siguientes consideraciones.

Europa, como sabemos, vivió siempre alejada del control constitucional en sentido estricto, o sea, en sentido jurídico. Y no podía instaurar ningún control porque partía de la convicción de que la Constitución era básicamente un instrumento político que se defendía políticamente (concepto interesante, pero incompleto). Pero es a partir de Kelsen que se inicia una onda, de alcance limitado por cierto, de considerar a la Constitución en sentido fuerte, o sea, con valor y fuerza jurídicas. Y esto lo logra con su doctrina de la pirámide jurídica - que recoge de su discípulo Merkl - y lo expresa en su libro sobre el Estado de 1925 ya mencionado. Y sobre todo en su ponencia de 1928, que divulgó primero en la comunidad germánica y luego, y más ampliamente, en el mundo francés, con lo cual alcanzó una difusión muy extendida que sobrepasó el continente europeo. Y todo esto reforzado por la existencia de los tribunales constitucionales, entre ellos, el austriaco que es el más importante. El checoslovaco fue una experiencia breve y en parte fracasada. Y también el Tribunal de Garantías Constitucionales español, creado por la Constitución de la Segunda República de 1931, si bien su ley y funcionamiento solo es de 1933. El Tribunal español tuvo una experiencia interesante, pero corta, pues prácticamente dejó de funcionar con el estallido de la Guerra Civil en 1936. Los tres fueron los únicos en su género que existieron en el período de entreguerras.

Por tanto, el estímulo que tuvo Alcalá-Zamora fue muy claro. Por un lado, era profesor y tratadista de Derecho Procesal, que tenía frente a sí a un órgano jurisdiccional como era el Tribunal de Garantías Constitucionales, el que entre otras funciones tenía a su cargo los dos procesos constitucionales ya mencionados. Y todo ello reforzado por los planteos teóricos de Kelsen, a quien se conocía muy bien en el mundo hispánico, directamente y a través de algunas traducciones de sus obras, hechas muy tempranamente (en 1934 apareció la traducción castellana de su "Teoría General del Estado"). Por tanto, teníamos por un lado los planteos kelsenianos; por otro, la experiencia austriaca y cierta literatura en torno a ella. Y finalmente, la presencia en su propio país de un órgano jurisdiccional con fines constitucionales y con carácter "concentrado". Todo esto fue suficiente para que Alcalá-Zamora y Castillo se diese cuenta de que estaba ante una realidad jurídico-procesal relativamente nueva, pero en la que nadie antes había reparado. Esto es, una "materia prima" distinta a las existentes que reclamaba un nombre y una fisonomía propios, porque era algo diferente. Y por eso lo calificó como "derecho procesal constitucional" por vez primera.

7. SIGUE: LOS ALCANCES DEL NUEVO CONCEPTO

Posteriormente, como queda dicho, Alcalá-Zamora y Castillo viajó a México contratado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en donde laboró durante treinta años (1946-1976). Y ahí publicó un nuevo texto en 1947: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, en donde dedica unas líneas a confirmar y ampliar su planteo original.

Ahora bien, Alcalá-Zamora por razones algo largas de explicar y sobre todo no muy sabidas - aquí tenemos que movernos con presunciones - no desarrolla orgánica ni sistemáticamente esta nueva disciplina que él había dado nombre y descubierto, sino más bien se dedicó a otros temas procesales y ni siquiera se extendió mayormente sobre el Amparo mexicano, seguramente porque no le atraía mucho, pues siempre consideró que era - a esa época - un "cajón de sastre". Pero de lo poco que escribió al respecto, cabe deducir algunas inevitables conclusiones:

- a) Existe una jurisdicción constitucional, si por ella entendemos la capacidad estatal de poder resolver conflictos o litigios de orden constitucional e imponer sus decisiones.
- b) Para esto, lo más adecuado es una magistratura constitucional especial, esto es, *ad hoc*, lo cual solo se logra mediante la existencia de un tribunal especial, como es el modelo europeo. Alcalá-Zamora, como fácilmente se aprecia, no era simpatizante y quizá no conocía mucho el llamado “control difuso” o americano, que sin embargo debió haber visto en funcionamiento durante su estancia en la Argentina. Pero su pensamiento era claro: solo existía jurisdicción constitucional con un tribunal o corte constitucional.
- c) Existe o debe existir una legislación procesal constitucional, que precisamente reúna y compendie toda esta materia, entre la cual tienen un papel importante los “procesos constitucionales”.
- d) La jurisdicción constitucional, o sea, el órgano encargado de dicha materia, así como los procesos constitucionales, son algo que juntos forman algo distinto y que son parte fundamental de un nuevo “corpus iuris”, para el que acuñó un nuevo nombre.
- e) Frente a esta realidad, es necesario saber donde ubicar este “corpus” al que entiende claramente como de carácter procesal, pues no puede ser de otra manera. Y como no puede ser civil ni penal, entonces es constitucional.
- f) Queda así configurada y fundada una nueva disciplina que llama “derecho procesal constitucional” a la que asigna un contenido mínimo: magistratura constitucional y procesos constitucionales. Y una ubicación precisa: el mundo procesal.
Por tanto, lo que hizo Alcalá-Zamora fue lo siguiente:
 - i) detectó el hecho o materia prima existente,
 - ii) lo calificó debidamente como procesal,
 - iii) le dio el nombre completo de “derecho procesal constitucional”,
 - iv) dibujó el contorno de la disciplina como en un mapa militar,
 - v) pero no la desarrolló en cuanto a su contenido y detalles.

El porqué Alcalá-Zamora y Castillo luego de ubicar la materia prima, dibujar sus contornos, darle nombre y objetivos no la desarrolló, es algo difícil de explicar. Es un poco lo que hizo Moisés según el

relato bíblico: sabía donde estaba la tierra prometida, lo que se esperaba y lo que ahí existía, pero tan pronto arribó a sus puertas al frente de su pueblo, no entró en ella.

Algo parecido sucedió con Alcalá-Zamora: tras fundar una nueva disciplina y dejar un bando con sus anotaciones, se desentiende de su hallazgo y se dedica a otros menesteres.

8. LO QUE PASÓ EN MÉXICO (1946-1956)

Cuando llegó a México, Alcalá-Zamora y Castillo se encontró con un panorama cultural interesante, pero que en materia procesal se encontraba muy atrasado. Fue obra suya haber introducido ahí los avances más significativos del moderno Derecho Procesal, las nuevas tendencias de la teoría general del proceso, así como los matices y enfoques en el proceso civil, penal y laboral, especialmente, así como algunos desarrollos del Derecho Procesal mexicano. Pero sobre todo se dedicó a formar gente, y de su fecundo magisterio salieron discípulos con luz propia como son los casos de Héctor Briseño Sierra, Cipriano Gómez Lara, Sergio García Ramírez, Santiago Oñate Laborde, entre otros.

Sin embargo, el único que se enfrentaría académicamente al problema procesal constitucional sería Héctor Fix-Zamudio, quien con motivo de optar el título profesional de licenciado en Derecho, presenta la tesis titulada "La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana" (ensayo de una estructuración procesal del Amparo) editada para esos fines en 1955 (180 páginas). La obra pretende contribuir, como lo dice expresamente, a la consolidación de la más nueva de las disciplinas, el Derecho Procesal Constitucional, que se debe a Kelsen, según afirma (tesis equívoca que adoptó de Alcalá-Zamora, que así lo expresó en más de una oportunidad, seguramente por un recato personal). Pero enfocado al proceso de Amparo, máxima institución mexicana de tradición centenaria. La tesis está dedicada a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que lo orientó, y a su maestro José Castillo Larrañaga. Por la índole de este trabajo, si bien impreso como libro, lo fue en corto tiraje (probablemente no más de cincuenta ejemplares) por lo que no tuvo mayor difusión. Sin embargo, luego de la respectiva sustentación en enero de 1956, publicó ese mismo año algunos de sus capítulos en una prestigiosa revista: "La justicia" que circuló ampliamente, si bien no tuvo mayor aceptación, como sucede

siempre con las aportaciones radicales, como las que aquí se presentaban. Y años más tarde, reprodujo íntegra esta tesis en su primer libro *El juicio de Amparo* (Editorial Porrúa, México 1964) conjuntamente con ensayos afines.

La postura netamente procesal de Fix-Zamudio demostrada en este periodo (1955-1956) representa un punto de quiebre importante, pues es una sistematización, si bien no muy extensa, de lo que es la nueva disciplina y que es realmente pionera, pues antes que él nadie había hecho ese intento. Y por otro, es un encuadramiento del Amparo en el Derecho Procesal, lo que por aquella época no se admitía en México, que vivía bajo la influencia académica de Ignacio Burgoa, autor de un importante manual sobre el Amparo, que tuvo una influencia arrolladora durante varios años. Y que si bien tenía una presentación muy sugestiva, se apoyaba en supuestos teóricos muy atrasados.

Es indudable, pues, que el ciclo tímidamente abierto por Kelsen en 1928 con su famoso texto fundacional, el atisbo del nuevo nombre hecho por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y sus sólidas aportaciones posteriores, en especial las del periodo 1944-1947, tendrán un remate, por así decirlo, en 1955-1956 con los estudios de Fix-Zamudio.

En síntesis, podría decirse que el precursor inmediato es Kelsen, el fundador de la disciplina es Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y el artífice o forjador de ella es Fix-Zamudio (apoyado en la moderna procesalística, y en especial en los planteos de Couture y de Calamandrei).

Sin embargo, es de advertir algunos hechos en cierto sentido contradictorios en este itinerario intelectual. En primer lugar, Kelsen ve muy claro la necesidad de que exista la jurisdicción constitucional, que a su vez reposa en el principio de la supremacía de la Constitución, y que esto se lleve a cabo por un órgano *ad hoc* ante el cual se siguen determinados procedimientos, algunos de los cuales desarrolla con bastante claridad. Pero no va más allá. Ni siquiera atina a ubicar adecuadamente al Tribunal Constitucional, al cual encomienda la tarea de ser un legislador negativo; esto es, casi como si fuese un monodientes. Y menos aun piensa en una nueva disciplina. Y al poco tiempo se desentiende del tema.

Por otro lado, Alcalá-Zamora y Castillo, montado sobre los hombros de Kelsen, confirma la existencia de esta región nueva y extiende

el acta de su fundación, se da cuenta de cuál es su contenido y los fines que persigue y que ésta tiene naturaleza procesal. Y además, le da un nombre y un contenido específico que ha permanecido hasta ahora. Pero no llega más lejos.

Finalmente, luego del espléndido escorzo que nos pinta Fix-Zamudio, se aleja lentamente de él y un poco como que se olvida del tema, quizá debido a la influencia italiana o francesa. Y deja de lado el concepto de “derecho procesal constitucional” e inicia toda una larga teorización sobre la “justicia constitucional”, declarando que ésta es la más adecuada para denominar este campo de control de constitucionalidad, en el que introduce gran cantidad de variantes doctrinarias con carácter englobante. Incluso cree que el concepto de “jurisdicción constitucional” es muy estrecho, solo válido dentro del modelo concentrado (cf. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*, UNAM, México 1968). Y solo más tarde, a finales de la década de 1980, inicia un lento retorno al concepto primigenio y a su caracterización teórica con multitud de matices y agregados. Y con nuevos desarrollos que plasma en artículos y ensayos de largo aliento, que hemos analizado en otra oportunidad.

9. DE 1956 EN ADELANTE: ENFRENTANDO UNA REALIDAD

Lo que pasó después es realmente curioso. Tanto en la Argentina como en México, en donde había adquirido su mayoría de edad esta nueva disciplina, se desentendieron de ella. No le dieron mayor importancia y aun más: en cierto sentido se detuvo la investigación en torno a sus alcances.

Tan solo en la década de 1970 es que el tema se vuelve a tocar. En la Argentina, donde después de la estancia de Alcalá-Zamora cayó en el olvido su contribución en este punto, correspondió a Néstor P. Sagüés afrontar este problema e iniciar una verdadera cruzada para su aceptación. Y en México, solo Fix-Zamudio continuó su estudio, pero sin incidir en su planteo teórico de 1955, sino en otros aspectos colaterales. Y en cierto sentido esto tiene un nuevo impulso en noviembre de 1977, cuando se lleva a cabo en Sochagota (Colombia) un encuentro sobre “la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, cuyas ponencias se publicarán algo tarde (en 1984 y a cargo de la Universidad Externado de Colombia). Y que será de gran estímulo para los estudiosos latinoamericanos.

La década de 1980 representa, por así decirlo, el inicio de la etapa de normalización de esta nueva disciplina, porque a partir de aquí:

- a) se suceden nuevas publicaciones sobre la materia,
- b) se fundan agrupaciones académicas para su cultivo,
- c) se convocan eventos académicos para discutir sus diferentes tópicos,
- c) se aprueba diversa legislación dedicada a los procesos constitucionales, y
- d) se retoma el nombre de “derecho procesal constitucional” y lentamente se avanza en pos de su consolidación.

Hoy en día tenemos, por solo mencionar las publicaciones, gran infinidad de libros con este título: “Derecho Procesal Constitucional”, entre los cuales destaca el Brasil, con más de diez (10) manuales con ese nombre y sin contar las reediciones de muchos de ellos. Además, hay que tener presente los congresos llevados a cabo (sobre todo en la Argentina y México) así como la legislación especializada: un Código Procesal Constitucional aprobado en 1999 en la provincia argentina de Tucumán, de alcance local pero sin ninguna influencia en el resto del país. Y el Código Procesal Constitucional aprobado y vigente en el Perú desde 2004, y al que siguen otros intentos similares. Así como revistas especializadas: en España el “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, que no obstante su título recoge contribuciones de carácter procesal y que dirige Francisco Fernández Segado. Y la “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional” editada en México y a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. A lo cual hay que sumar la puesta en marcha, en 1989, del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, refundado en 2003 con el nombre más apropiado de Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que ha realizado varios encuentros en distintas ciudades de América Latina.

En síntesis: todo un movimiento de afirmación de un “derecho procesal constitucional” que se extiende largamente en nuestra América Latina en forma predominante. Y aun cuando en algunos círculos se usa también el de “jurisdicción constitucional” y en otros miméticamente el de “justicia constitucional”, se entiende que son cosas idénticas e intercambiables. Pero no son de uso muy extendido.

Los problemas que existen son más bien otros: no solo el problema del nombre, que se ha ido asentando cada vez más. Sino sobre todo el problema del contenido y además de su naturaleza y en donde ubicarlo. Dentro de un planteo general la ubicación del “derecho procesal constitucional” ha pasado por tres tesis: la primera es aquella que sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es parte del Derecho Constitucional y como una suerte de emanación de éste. Ella tiene sus años y si bien con pocos adeptos, goza de amplia aceptación en Italia. La segunda es la tesis mixta, que es la que hasta ahora cuenta con más adeptos en la América Latina. Por ella se entiende una disciplina mitad procesal y mitad constitucional, que goza de ambos atributos siendo una especie de *tertium quid*. Finalmente, está la postura procesal o procesalista, que es la posición de Alcalá-Zamora y de Fix-Zamudio y que ha tenido varios seguidores y que se abre paso lentamente, pero que como es analizada básicamente por constitucionalistas, no ha tenido mayor desarrollo. Más aun, los procesalistas se han desentendido de este enfoque, y se han centrado en los problemas constitucionales del proceso - o de los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal - que es algo distinto a los procesos constitucionales, que son el meollo o núcleo central del Derecho Procesal Constitucional. Y tampoco ven claro a esta temática como una rama del Derecho Procesal, sino, generalmente, como parte de las ramas o disciplinas procesales ya existentes.

Y por último está el problema de los procesos constitucionales en América Latina. Tienen entre nosotros una venerable antigüedad, aun cuando solo en los últimos años han alcanzado un reconocimiento procesal constitucional. Son ellos el Amparo (creado en la Constitución de Yucatán en 1841 y luego a nivel federal en México en 1847 con numerosas variantes a partir de su extensión a otros países) y el Habeas Corpus (en 1830 en el Brasil). A los que han seguido otros de naturaleza análoga.

En conclusión: el uso preferente y creciente en América Latina del término “derecho procesal constitucional” como una disciplina nueva, que tiene autonomía, que trata entre otros temas los procesos constitucionales, es un hecho evidente e incontestable, por más que los detalles y los enfoques sigan siendo materia de discusión. Vale aquí el hermoso aforismo de Pascal, que podemos adoptar libremente: “no me buscarías, sino me hubieras encontrado” (*Pensamientos*, 553).

10. ¿CONVERGENCIA, DIVERGENCIA O VIDAS PARALELAS? EUROPA Y AMÉRICA LATINA

Tenemos, pues, que afrontar nuestras diferentes realidades. Y es que tanto América Latina como la Europa continental parten de situaciones distintas. Y frente a ellas adoptan nombres y posturas diferentes.

Por un lado, la América Latina desde mediados del siglo XIX adoptó e hizo suyos, por influencia creciente de los Estados Unidos de América, diversos métodos de control del poder, como era el control de la constitucionalidad de las leyes y la adopción de ciertos instrumentos especiales que en realidad eran procesos de carácter constitucional y en defensa de los derechos individuales. Cuando el nombre nace y luego se extiende en nuestra América por obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, lo único que hace es limitarse a reconocer un hecho que existía desde hace décadas y darle el nombre que le corresponde y delinear su contenido y ubicación. Y esto con el rigor necesario para saber de que se trataba, si bien no hizo un desarrollo orgánico de sus tesis. Pero el concepto, olvidado por mucho tiempo, resucitó y empezó a andar, como los hechos de los últimos veinte años lo acreditan.

En Europa nada de esto se conocía. El tema en cuanto tal aparece sobre todo en la década del veinte del siglo pasado y es solo Kelsen el que intenta una fundamentación de uno de sus problemas fundamentales, pero sin darle un nombre ni menos aun imaginarlo como una disciplina rigurosa y autónoma. Ni de carácter procesal. Kelsen en aquel momento era magistrado del Tribunal Constitucional austriaco y tenía suficientes conocimientos prácticos para haber dado un paso adelante. Pero no lo hizo. Toda su teorización, como expresamente lo dice, descansa en su magistral "Teoría del Estado" y no en la Teoría del Proceso. Y nunca más hizo precisión adicional alguna, por lo que es difícil imaginar que pensaba Kelsen sobre esto. Es decir, a diferencia de lo sucedido en América Latina, Kelsen no se tropezó con un "corpus" existente, sino que lo creó - o ayudó a crearlo - desde su mente de jurista, al que con posterioridad trató de precisar teóricamente.

Pero por esa misma época, varios publicistas franceses hablaban de "jurisdicción constitucional" e incluso uno de ellos (Marcel Waline) pensó que ésta existía en Francia. Pero este país solo alcanza este

estadio en momento muy tardío: se inicia en 1971 y se cierra, por así decirlo, con las reformas de julio de 2008.

En cuanto a Italia, la situación era parecida. Fue la Constitución de 1947 la que abrió el debate en 1950 y lo continuó desde entonces, agravado por la singular estructura y competencias con las que fue creada la Corte Constitucional. Y recién en la década de 1960, se empieza a usar en forma bastante limitada, el concepto de “justicia constitucional” que se hará muy extendido a partir de 1970. Y para intentar explicarse lo que hacia la Corte Constitucional.

Es decir, aquí en América Latina, primero tuvimos la “realidad” y luego vino la “teorización”, si bien tardía. En Italia, por el contrario, fue al revés: crearon primero una institución por un *fiat* del constituyente de 1947, lo que obligó a darle nombre y a buscarle un sentido, lo que hicieron mucho más tarde. Se trata, pues, de dos itinerarios distintos, separados incluso por los años y por los precedentes históricos. El problema del control constitucional nace en América Latina a mediados del siglo XIX, mientras que en Europa lo será solo en la década de 1920 y en forma muy acotada. Y ampliamente solo después de la Segunda Guerra Mundial.

Así las cosas, con distinto origen histórico, con otro tipo de desarrollo, con diferente configuración de sus órganos de control y con estructuras políticas distintas, es difícil llegar a un entendimiento o si se quiere a conceptos o modelos comunes o afines y menos a un *corpus* teórico de fundamentación. Solo queda la comprensión y la mutua tolerancia, bajo el entendimiento de que al fin y al cabo, recorreremos caminos parecidos y no iguales. Pero persiguiendo los mismos fines y sin descartar aproximaciones e influencias recíprocas, que se han dado en los últimos años. Así como desarrollos e hibridaciones en la diversidad de experiencias existentes.

Pero no está demás esperar que el propio desarrollo jurisprudencial de los tribunales constitucionales europeos, propicie una postura más afín con los predios del procesalismo científico y busque para ello un lugar aparte y distinto del Derecho Constitucional y en consecuencia más cercano al Derecho Procesal¹.

1 Por la índole propia de la exposición, no se incorporan referencias bibliográficas sino solo las indispensables que están en el cuerpo del trabajo. A ellas añadimos como mera referencia, las siguientes: AA. AA: *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 y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, Coordinadores, UNAM et al., México 2008 (únicamente el tomo I dedicado a los aspectos teóricos y del que hay edición peruana a cargo de la editorial Grijley, Lima 2009); Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, Edit. Dykinson, Madrid 2009 (solo el tomo III, dedicado en parte a la América Latina); Luca Mezzetti et al. *La Giustizia Costituzionale*, CEDAM, Padova 2007 (sobre todo la primera parte); Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico: 1928-1956*, Marcial Pons editor, Madrid 2008; Domingo García Belaunde, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Edit. Porrúa, México 2008 (segunda edición en IDEMSA, Lima 2009); Gerardo Eto Cruz, *Syllabus del Derecho Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima 2009, ib. *El Derecho Procesal Constitucional; su desarrollo jurisprudencial*, Edit. Temis, 3ra edic., Bogotá 2011 y Osvaldo A. Gozaini, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Porrúa, 2 tomos, México 2011. La manera como los procesalistas abordan la temática de su disciplina en relación con la Constitución y su defensa, puede verse, entre otros, en las siguientes dos obras: José Garberí Llobregat, *Constitución y Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Madrid 2009 y Nelson Nery Junior, *Principios do processo na Constituição federal*, Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo 2010.

CAPÍTULO XI

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA

Uno de los temas a los que se refiere este evento, es el “Derecho Procesal Constitucional” y todo lo que este concepto significa y envuelve. Como el tópico es tan amplio, me limitaré a uno de sus aspectos teóricos y de fundamentos que, curiosamente, casi no ha llamado la atención o ha sido tratado muy de pasada por los estudiosos. Y es el de la “naturaleza jurídica” de esta disciplina. Esto significa buscar lo que es, sus características, para qué sirve y sobre todo donde se ubica. Implica por cierto un concepto y además un contenido. En términos generales, abarca lo que podríamos llamar control constitucional, o sea, supervisión y vigilancia de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Que en rigor, solo existe desde que nace el concepto moderno de Constitución, o sea, desde fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Entiendo que es fácil encontrar ejemplos en los siglos anteriores - y podríamos remontarnos a los griegos - para comprobar de que no solo se daban ordenamientos que encausaban conductas - llamémoslo derecho o como fuera- sino que existían escalonamientos y determinadas formas o autoridades que vigilaban que ciertas normas o valores estuviesen unas por encima de otras. Es decir, desde siempre ha habido una especie de control dentro del entramado normativo, compuesto en su origen por normas morales y religiosas, y más tarde de normas jurídicas en sentido técnico.

* El presente texto publicado en “Pensamiento Constitucional”, Lima, núm 16, 2012, es una versión reelaborada de la ponencia presentada en el VII Encuentro de Derecho Procesal Constitucional (Santo Domingo, Rep. Dominicana, 2-4 de marzo de 2011). Aquí ha sido objeto de una revisión y ampliación, así como de algunas precisiones adicionales sin afectar el momento en el cual fue presentado (diciembre de 2015).

Ahora bien, para entrar en nuestro tema digamos algo sobre lo que es el “derecho procesal constitucional” y la manera cómo se le concibe modernamente. Y esto es tremendamente complejo, pues no existe una tendencia o doctrina pacífica en cuanto a su ubicación, estructura y naturaleza, que son, si se quiere, el soporte de la disciplina y su razón de ser. Y tampoco unanimidad ni total coincidencia en apreciar la manera como actúa y para qué sirve, especialmente en lo relacionado con los procesos, que son la manera moderna de resolver los conflictos en la sociedad actual. Pero aquí nos centramos sobre todo en la primera parte.

Su “naturaleza”, pues, no es pacífica. Y esto por cuanto los dos grandes modelos inspiradores de todo lo que ha venido después, como son el modelo americano y el modelo europeo, no tuvieron ideas claras al respecto, ni mucho menos de lo que ello significaba. En el primero, nacido en el célebre caso “Marbury vs. Madison”, el juez Marshall se encontró con un tremendo problema que tenía un claro matiz político, que gracias a su indiscutible genio supo manejar exitosamente. Y para él el problema era muy simple: distinguir que era superior, si una Constitución o una ley. Y como lo era la Constitución, entonces alguien tenía que hacer esa constatación y declarar que esa ley que atentaba contra la Constitución no era aplicable. Y ese alguien no podía ser otro sino el Poder Judicial. Marshall lo que hizo fue poner en claro el principio de la supremacía constitucional, o sea, que la Constitución tenía un valor jurídico y no un valor político, como pensó la Europa del siglo XIX y gran parte del XX. Y además otorgó esa facultad al Poder Judicial, que lo podía hacer en cualquier circunstancia. Por eso, nada que se parezca al “derecho procesal constitucional” existe en los Estados Unidos, en donde lo que preocupa es el respeto a la Constitución y como hacerlo efectivo. Y esto en todos los niveles y en todas las áreas. Y así ha sido desde entonces.

Por su parte, el gran teórico del modelo concentrado que es Kelsen, llegó a las mismas conclusiones - a inicios del siglo XX - pero le dio una solución distinta y así fue como surgió la figura del Tribunal Constitucional, que luego otros imitaron. En su gran escrito teórico de 1928 no ve el problema de ubicación, lo que se comprueba con dos hechos: por un lado, sostiene que toda su argumentación se basa en su “Teoría General del Estado”, que había publicado en 1925, o sea, poco antes. Y además, que dicho Tribunal Constitucional era un legislador negativo, es decir, un complemento del parlamento y no su

rival. Por cierto, Kelsen, entonces magistrado del Tribunal Constitucional austriaco, conocía de procedimientos y de ciertas figuras procesales por su práctica diaria, pero no más que eso. Y todo su empeño se inspira en la idea de la supremacía constitucional.

Vemos, pues, que los creadores de los dos modelos clásicos de jurisdicción constitucional, uno en 1803, otro en el período 1920-1928, no tenían clara idea de lo que hacían desde un punto de vista de su ubicación y de su naturaleza conceptual. Y lo mismo puede decirse de los demás modelos e hibridaciones que surgieron a partir ellos, ya muy avanzado el siglo XX. Y esto puede explicar porqué el tema sigue siendo materia de discusión y de razonamientos muy variados y no necesariamente coincidentes.

Para afrontar algo mejor la situación, conviene quizá remontarnos a ciertos conceptos básicos, que nos son comunes a quienes vivimos en sistemas jurídicos de carácter o impronta romanista (el problema del "common law" es algo que dejamos para otra ocasión). Y es lo siguiente: el Derecho Romano nace lentamente antes de nuestra era y se consolida y unifica recién en los primeros siglos del cristianismo con una culminación, por así decirlo, en el "Corpus Juris Civile" (529 d.C) divulgado o estudiado en el Digesto y en las varias Institutas que se conocen. En la práctica, el Derecho Romano se sistematiza en el siglo VI, y luego tendrá una larga difusión y será objeto de minucioso estudio y análisis en la Edad Media y así llega a los Estados modernos (del siglo XVII en adelante).

El Derecho Romano como tal fue una unidad...es cierto que se distinguía a su interior el Derecho público del Derecho privado, que aun cuando cuestionado en nuestros días, sigue prestando utilidad. Pero, en rigor, todo era Derecho dentro del gran "corpus juris". En cierto sentido, tan solo el Derecho Mercantil- con diversas leyes como las de Amalfi - y el Derecho Internacional - a partir de Suárez - tienen una vida y desarrollo independientes, si bien toman mucho del Derecho Romano clásico. Pero en términos generales el Derecho Romano - y los derechos nacionales que le siguieron - eran una unidad, un todo inescindible. Y así lo fue por mucho tiempo.

Las cosas cambiaron notablemente en el siglo XIX, con la aparición de la codificación moderna - antes la hubo, pero con otros alcances - y más en concreto con los códigos napoleónicos, de los cuales el

más importante fue el Código Civil de 1804, de tan larga influencia en Europa y en la América Latina. Precisamente este Código originó una inmensa literatura en grandes y numerosos volúmenes y creó una importante escuela: la de la Exégesis, que prácticamente copó todos los medios académicos europeos - y latinoamericanos - durante el siglo XIX. Este Código creó en rigor el Derecho Civil como rama autónoma dentro del Derecho general. Y luego el Derecho Penal, como otra rama que partió del Código Penal de 1810: el primero dentro del Derecho privado, el segundo dentro del Derecho público. Fueron los primeros en aparecer como tales - con ciertos antecedentes, por cierto - y siguen siendo los más representativos, si bien hoy la proliferación de ramas jurídicas ha ido en aumento constante, lo cual a veces hace olvidar que a la larga el Derecho es uno solo, si bien con multitud de matices.

Ahora bien, el Derecho Romano consideraba dos tipos de normas - entre otras más que aquí no detallamos- unas que establecían una facultad, una prerrogativa o una atribución (por ejemplo, como propietario de un bien inmueble) y otra la manera cómo defenderlo frente a terceros (o sea, si existe alguna invasión a mi bien o es afectado por medidas adoptadas por terceros) y en este caso empleo ciertos medios o acciones destinados a defender mi propiedad. No obstante, gran parte del siglo XIX consideró que el Derecho seguía siendo sólido y sin más divisiones que las que existían. Así, gráficamente se decía que el Derecho era una persona en descanso, sentada, que representaba lo que hoy llamamos derecho sustantivo. Y cuando defendía su propiedad, era la misma persona la que se ponía en pie y actuaba.

Tan solo a mediados del siglo XIX y más en concreto en 1868, es que Oscar Bülow en su famosa obra "La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales" proclama la autonomía de la "acción", si bien antecedido por la polémica Windscheid - Muther. O sea, el hombre que se paraba no era el mismo que el hombre que actuaba. Y distinguió un derecho sustantivo, que era el hombre sentado, de un derecho adjetivo, que era el hombre en acción. Y es a partir de ahí que se inicia esa diferencia entre "tener algo" y "defender ese algo". Lo que se confirma a fines del siglo XIX (sobre todo en Adolf Wach) y principios del siglo XX en Italia (Chiovenda y sus discípulos).

Por cierto, la independización de la Acción como algo propio, se aceptó muy lentamente. Por un lado, había el problema de derechos que no tenían acción, o sea, forma de defenderse – si bien esto fue fácilmente superado en el tiempo – y por otro, había acciones que no tenían nada que defender, es decir, acciones vacías que no prosperaban porque no tenían ninguna pretensión válida (diríamos hoy en términos modernos).

Sin embargo, esta diferenciación fue aceptada muy lentamente. Todavía a fines del siglo XIX y principios del XX, existían códigos y manuales que incluían dentro del Derecho Civil, a las acciones judiciales destinadas a defender esos derechos. Esa tendencia a considerar las acciones conjuntamente con los derechos - en el ámbito civil y penal sobre todo – ya no existe más. Se ha impuesto lentamente la idea de la existencia de un derecho aparte, con su propia dogmática y sus propios principios que la rigen, que es el Derecho Procesal, que con el tiempo pasa de ser “adjetivo” a ser “instrumental”. Por cierto, el hecho de que tenga su respectiva independencia, no significa que deje de ser parte del Derecho como conjunto normativo. Lo que sucede es que se ha abierto una nueva área dentro del gran todo, que se mueve con sus propias reglas.

Y todo eso dio nacimiento no solo a la independización de varias áreas dentro del mundo del Derecho, sino al tratamiento científico del Derecho como tal, que se inicia con Savigny y con Ihering y que culmina Kelsen, a principios del siglo XX. Es decir, nuestro Derecho de bases romanistas, tiene su partida de nacimiento hace más de dos mil años. Pero el Derecho como ciencia solo nace en rigor en el siglo XIX, al compás de la codificación y su expansión y crecimiento.

Todos los autores están acordes en que aun existiendo el Derecho Procesal como disciplina autónoma, hay que tener presente que:

- a) Es parte o rama del mundo jurídico,
- b) Necesita y se complementa en forma irremediable con el Derecho sustantivo.

En efecto, si tengo una propiedad (derecho sustantivo) y no tengo como poder defenderla (derecho procesal) es obvio que estamos ante una inconsecuencia y una debilidad del sistema. O ante un derecho inútil.

Nadie, pues, ha negado que las disciplinas procesales requieren del derecho sustantivo. Y éste no funciona, no opera y no sirve sin

aquéllas. Hay pues un reclamo mutuo, pues ambas se necesitan. Pero unión no es confusión. Aun así, pueden mantener su autonomía y de hecho la tienen, como se ve en el caso del proceso civil y el proceso penal, que son los procesos clásicos por excelencia. Y se confirma viendo la doctrina y los correspondientes códigos de cada cual. Dice acertadamente Carnelutti: “el proceso es un método para la actuación del derecho: sirve al derecho (y a su vez) el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca”.

Un problema aparte, que aquí no desarrollamos, es el problema de la constitución y contenido del Derecho Procesal. Es decir, el Derecho Procesal se desdobra en varias ramas, como hemos dicho, pero existió y en parte existe la tendencia a considerarlas, a veces, como autónomas. Pero lo que se acepta cada vez más, es que el Derecho Procesal es uno solo, es autónomo y tiene varias ramas que de él se desprenden. Existe, pues, una Teoría General del Proceso (o una teoría general del Derecho Procesal), que sirve para explicar todo ello y del cual se desprenden varias ramas o parcelas con sus propias peculiaridades (tesis de la unidad del proceso).

Ahora bien, en cuanto al tema que nos ocupa, cabe anotar que el concepto “derecho procesal constitucional” aparece por vez primera en 1944, en una publicación de carácter compilativo que hace Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entonces en duro exilio en Buenos Aires (si bien, como ahora se sabe, lo usó en un programa de curso en 1933 y en ensayos posteriores, pero en forma imprecisa y sin mayor conciencia de su alcance). Y lo desarrolló más explícitamente en una reseña bibliográfica que publicó en 1945 en la “Revista de Derecho Procesal” que dirigía Hugo Alsina en esa ciudad. Y la confirmó en 1947, en un importante volumen que publicó en México, a donde se trasladó y en donde vivió más de treinta años. El concepto, pues, quedó así fijado y de ahí se trasladó a otros lugares. Pero su primer desarrollo teórico y sistemático lo hace uno de sus discípulos en 1955 (Héctor Fix - Zamudio) en la tesis de licenciatura que presenta ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y que defendió en enero de 1956, con la correspondiente aprobación. Es decir, si queremos centrar el periodo fundacional de la disciplina de manera compacta podríamos decir que es el periodo 1944 - 1947,

o si se quiere verlo de manera más comprensiva: 1944 - 1955. Después de esta fecha vino mucha literatura y muchos matices, que aquí no podemos desarrollar.

Alcalá-Zamora y Castillo encontró y detectó varias cosas: que existían procesos constitucionales, pero que estaban subsumidos en los procesos civiles y penales, lo cual era inadecuado pues los valores a defender eran distintos; que por tanto había que separarlos y ubicarlos en un lugar que tratase los procesos constitucionales en exclusiva, que tenía que ser una disciplina nueva a la que había que dar una denominación específica, que no podía ser otra que el “derecho procesal constitucional”, como rama del Derecho Procesal. Y ésta fue la concepción del fundador de la disciplina, y varios más lo siguieron en este planteo (que comparte Fix-Zamudio, pero quien luego ha tenido una evolución peculiar que toca otros temas y otras perspectivas).

Evidentemente, si tenemos algo que defender – principios y valores constitucionales – y lo hacemos siguiendo un “iter”, un camino con sus propias estaciones, que al final termina en una decisión que obliga a las partes y eventualmente a terceros con órdenes claras (de persona o ente que tiene jurisdicción) estamos ante un proceso, que lógicamente pertenece al Derecho Procesal, pero que tiene matices propios. Así fue de claro Alcalá-Zamora y Castillo, si bien por razones difíciles de entender, se desentendió del tema muy pronto y solo volvió a él esporádicamente.

Esta, pues, es la primera tesis que entra en circulación.

La otra tesis que entra en la liza, es la del constitucionalista alemán Peter Häberle que sostiene que el “derecho procesal constitucional” es parte del Derecho Constitucional (sobre todo a partir de 1973) y que continúa y amplía en ensayos posteriores. Su basamento es el siguiente:

- a) Los preceptos constitucionales se concretizan, se hacen realidad, a través del proceso constitucional. Es decir, el “derecho procesal constitucional” no es más que “derecho constitucional concretizado”. Häberle sostiene que para esta tesis le ha servido de referencia aquella que sostiene que el derecho procesal penal no es más que derecho constitucional concretizado.
- b) Porque el Derecho Procesal Constitucional es la continuación de lo constitucional, y es lo que hace el Tribunal Constitucional

cada vez que resuelve con autonomía los problemas que se le presentan. Y que le permiten no seguir necesariamente lo que señala el resto del ordenamiento procesal.

La tesis de Häberle ha sido luego desarrollada por juristas italianos, como lo veremos más adelante, pero en realidad olvida muchas cosas. Como son:

- i) Que todos los procesos son siempre concretizaciones de un derecho sustantivo.....así, y con ese criterio podemos concluir que el Derecho Procesal Civil es parte del Derecho Civil y el Derecho Procesal Penal es parte del Derecho Penal, tesis que por cierto hoy nadie defiende.
- ii) Que el Derecho es una unidad, pero que permite a su interior divisiones o ramas, como son por ejemplo en el lado sustantivo, la creación del Derecho Laboral, que se desgajó del Derecho Civil, o el Derecho Procesal Administrativo que se independizó del Derecho Procesal Civil. Aun ahora, existen algunas legislaciones civiles que tratan el Amparo y algunos códigos penales que legislan el Habeas Corpus, olvidándose que son típicos procesos constitucionales.
- iii) Que todas las ramas del Derecho pueden separarse y eso no afecta al conjunto.
- iv) Que toda rama procesal, cualquiera de ellas, depende siempre de un derecho sustantivo, y es la única que puede hacerlas efectivas, o sea, que se conviertan en realidad, sobre todo frente a agresiones del exterior.
- v) Que hace más de cien años, con la independización de la “acción” y la concreción de una “teoría de la acción”, existe una disciplina procesal con autonomía, si bien su destino es servir de complemento al derecho sustantivo. Y vice-versa, sin Derecho Procesal, los derechos sustantivos no sirven de nada.

Por otro lado, no deja de ser llamativo que Häberle defienda su tesis con base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y destaque sus giros en esos procesos, que curiosamente los adjudica al mundo constitucional.

Luego de la concepción “procesal” y explicada con más detalle la concepción “constitucional” del Derecho Procesal Constitucional,

veamos la que, al parecer, tiene bastante acogida en nuestro medio latinoamericano. Es la tesis mixta que en 1981 formula por vez primera Néstor P. Sagüés, basándose en el argumento de la dependencia de ambas. Es decir,

- a) El Derecho Procesal Constitucional no puede desligarse del Derecho Constitucional, en donde encuentra su sustento.
- b) El Derecho Procesal Constitucional vive y se alimenta de ambas, o sea del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional.
- c) El Derecho Procesal Constitucional defiende la Constitución directamente y está entremezclada con ella.
- d) Las instituciones, los conceptos y los principios del Derecho Procesal Constitucional vienen del Derecho Procesal, unos, y del Derecho Constitucional, otros. Es decir, tienen dos vertientes independientes una de la otra, que se complementan pero sin perder su independencia. Es decir, no hay integración, sino complementación y apoyo.
- e) No pudiendo ser enteramente ni la una ni la otra, y teniendo de ambas, debe ser mixta sin que esta hibridación la desfigure ni le afecte. Más aun cuando su contenido - órganos y procesos - si bien separados teóricamente, actúan conjuntamente y en estrecha colaboración.

En fecha más reciente, Pablo L. Manili ha intentado una fundamentación adicional precisando que la "acción" no puede desligarse del "derecho tutelado", o sea, el "proceso de amparo", en cuanto defensor de un "derecho" como la propiedad, no puede separarse de esta última, que precisamente se encuentra en la Constitución. Acción y Derecho son, pues, inescindibles y por eso la disciplina es mixta: la tesis "procesalista" significaría una ruptura que no es posible. Por tanto: "sostener que el Derecho Procesal Constitucional es meramente procesal significa negar esa interacción" (sic).

Hubo una época en la cual se hablaba de disciplinas mixtas, pero en relación con su ubicación en el Derecho Público o en el Derecho Privado. Así, aquellas nuevas disciplinas que no entraban en el esquema dicotómico de público-privado, las alojaban en un "tertium quid" que era el derecho mixto. Pero esta tendencia, que surgió allá por los años treinta del siglo pasado, prácticamente ha desaparecido de los manuales y textos de teoría o ciencia del Derecho, pues se piensa que con todas sus imperfecciones, la teoría romana sigue pres-

tando sus servicios. Y sin olvidar que ella es un producto histórico y tiene un uso y un sentido convencional.

Por otro lado, la descripción de la “mixtura” puede también aplicarse al Derecho Procesal Civil, como es fácilmente comprobable. Y defender la no independencia de la “acción” es olvidarse de más de un siglo de legislación y doctrina que sostienen lo contrario y que han hecho posible el Derecho Procesal Civil, entre otros.

Con esta tesis de la mixtura se resucita al parecer una postura decimonónica, y que además se basa en argumentos no muy consistentes. De hecho, no ha tenido mayor desarrollo, si la comparamos, por ejemplo, con la tesis unitaria que defiende Häberle y que ha acogido ampliamente la doctrina italiana.

Ahora bien, el Derecho Procesal Constitucional tiene una parte genérica y otra específica. Me pregunto ¿dónde está lo constitucional? Algunos dirán: en el derecho que defiende. Pero eso que es constitucional, pertenece a la Constitución y al Derecho Constitucional, y no existe ni en las leyes ni en los manuales de Derecho Procesal Constitucional que conocemos.

La mixtura tiende a ser una postura cómoda para una disciplina nueva y nos ayuda a pisar mejor el terreno. Pero teóricamente no se sostiene. Demuestra desconocimiento de lo que es la teoría procesal e incomprensión de lo que es un proceso, y en especial un proceso constitucional. A favor de esta tesis puede darse un argumento profesional: quien intente iniciar un proceso constitucional, no puede ignorar los fundamentos constitucionales de su pretensión, y en tal sentido se da una mixtura en la defensa o en el patrocinio a un cliente. Pero lo mismo puede decirse de las demás ramas: el que tiene un problema civil (propiedad, sucesiones, etc.) no puede avanzar con éxito si no conoce la doctrina civil así como el proceso civil. E igual podríamos decir del proceso penal: no se le puede llevar a cabo si desconocemos el Derecho Penal. Por tanto, si este planteo lo llevamos al extremo, tendríamos la conclusión- inevitable por cierto - de que todos los derechos procesales son mixtos, lo que no deja ser un absurdo. El Derecho es uno solo, y todas sus ramas se ayudan y benefician mutuamente. Pero en virtud de lo que se persigue, es que en el siglo XIX se inició esta separación en ramas o disciplinas jurídicas, que continúa hasta el presente. Y que no podemos desconocer.

Existen otras posturas de orden menor, aisladas y sin mayor predicamento, que son por así decirlo peculiares. Así, algún sector de la doctrina brasileña señala que el Derecho Procesal Constitucional no es otra cosa que la parte “constitucional” que existe en toda doctrina procesal. Con lo cual nuestra disciplina sería solo un conjunto de principios orientadores del proceso y nada más que eso. Y los temas constitucionales serían defendidos por las clásicas disciplinas procesales: civil y penal.

Lo anterior no deja de ser interesante, pero deja de lado un problema importante: lo que desde la década de los sesenta del siglo pasado, Favoreu denominó como “constitucionalización del derecho”, fenómeno típico sobre todo de mediados del siglo XX, y diría yo que se inicia en el periodo de la primera posguerra.

Como todos sabemos, la primera Constitución del mundo se dio en los Estados Unidos en 1787 y fue un texto relativamente breve. Luego la siguieron otras iguales o más extensas, pues se limitaban a regular solo dos aspectos: los poderes del Estado y el estatus de los ciudadanos. Pero esto cambió a partir de 1918 en que advino el constitucionalismo social – hoy sin embargo sujeto a revisión – y entonces los textos se alargaron de forma cada vez más creciente. La vigente Constitución de la India de 1949 inaugura la serie de textos extensos, y es hoy en día la más larga del mundo. Y luego otras siguieron su ejemplo (la Constitución de Yugoslavia de 1963, etc.). Con anterioridad, la vigente Constitución de México de 1917 (con una serie indefinida de reformas que oscila entre 200 y 600, dependiendo del enfoque con que se les mire) es la más extensa que existe, después de la de la India. Entre los textos recientes latinoamericanos resalta el brasileño de 1988, el venezolano de 2001, ambos bordeando los 400 artículos, y el ecuatoriano de 2008, de más de 500 artículos. Y sin considerar divisiones internas y disposiciones finales (que son tan constitucionales como las que van al interior) así como el preámbulo (cuando lo hay).

Ahora bien, la amplitud de las constituciones, o mejor dicho su excesiva extensión (si nos atenemos al número de palabras que contienen los textos) obedece a un fenómeno de crecimiento del Derecho, de aumento de las expectativas, de desconfianza del legislador y del deseo de que todo esté reflejado en la Constitución, sino en su totalidad, por lo menos en sus aspectos fundamentales. Y así hoy en día las constituciones no se limitan a un largo catálogo de derechos – que

viene de atrás – sino a aspectos financieros, mercantiles, de comercio interior y exterior, turismo, aspectos internacionales, principios de orden penal, principios del mundo procesal, organización interna de los poderes del Estado, etc. De manera tal que en la Constitución, hoy más que nunca, es cierto lo que Pellegrino Rossi señaló en sus conferencias parisinas (década de 1840), o sea, que ella encierra los títulos de todos los capítulos que conforman el ordenamiento jurídico. El mundo jurídico, como señala Favoreu, termina “impregnado” de las ideas o principios constitucionales. Y esto en niveles que varían de texto a texto, en especial desde la década de 1960.

Por lo tanto, es inevitable, por esa característica que tiene la constitución actual, que la doctrina procesal encuentre sus fundamentos e incluso sus desarrollos básicos en el orden constitucional, al igual que lo tiene el mundo penal o financiero. Es decir, existe una fundamentación constitucional del proceso, que da origen a que el proceso hoy en día tenga, de manera inequívoca, una base o fundamento constitucional (lo cual fue visto pioneramente por Couture) y actualmente es criterio bastante extendido entre los procesalistas (así, Luiz Guilherme Marinoni).

El Derecho Procesal tiene hoy un necesario fundamento constitucional del que antes carecía y eso obliga al procesalista a conocer ese mundo constitucional que antes ignoraba. Y ello ha llevado a algunos (como es el caso de Fix-Zamudio) a pensar que existe una disciplina que denomina “derecho constitucional procesal”, que sería una rama del Derecho Constitucional que estudia lo que de procesal existe en las constituciones. Este planteo bien podría dar nacimiento a una disciplina con autonomía “didáctica”, o sea, con fines de enseñanza, pero no a una autonomía “científica” que no se sostiene. Y aun didácticamente tampoco le veo mayor utilidad. Es decir, perfectamente puede un procesalista estudiar los fundamentos constitucionales de su disciplina, sin que por ello su enfoque deje de ser procesal. Y por otro lado, el constitucionalista no puede dejar de estudiar la parte procesal que figura en la Constitución, sin que por ello deje de ser constitucionalista (así José Afonso da Silva en relación con la carta brasileña de 1988).

Por tanto, la separación del Derecho en varias ramas debe obedecer a dos criterios: uno es la perspectiva con que se le aborda y otro es el objeto de estudio, ambos debidamente combinados y llegado

el caso matizados. Pero la existencia de una disciplina “mixta” no pasa de ser una solución ingeniosa, como para salir del paso y quizá de utilidad transitoria, ya que tarde o temprano debe buscar su sitio dentro del resto del ordenamiento y su sistemática. En lo personal, si considero al Derecho como sistema, no sé en donde puedo alojar a una disciplina “mixta” que curiosamente tiene en su denominación la palabra “proceso”.

¿Cuáles son las críticas que se han hecho al enfoque “procesal” del Derecho Procesal Constitucional? Han sido varias y de diverso calado, como veremos más adelante. Pero lo más lamentable es que la postura “mixta” y la “constitucional” tienen en común ignorar el mundo procesal y carecer de una óptica epistemológica que les permita ver bien el ordenamiento y su sistemática y quizá, no tener interés en hacerlo. Por otro lado, los procesalistas se han desentendido del problema y para efectos prácticos no les interesa y probablemente ni lo entienden. De tal manera que ambos mundos, el constitucional y el procesal, que son necesarios para el manejo de la nueva disciplina, se ignoran mutuamente sin plantearse seriamente el problema al cual podrían aportar mucho.

Pero al margen de estas digresiones de orden teórico hay que ver una realidad que es innegable: y es que la problemática procesal constitucional (sea como fuere que la denominen según la tradición europea o latinoamericana) ha sido tomada, casi en su totalidad, por los constitucionalistas, que son los que más se preocupan y más publican sobre el control constitucional, los órganos constitucionales encargados de ello (sea el control concentrado o difuso, en sus diversas variantes y modalidades), los procesos que se tramitan y las demás atribuciones que diversas legislaciones les han adosado. Y en tal sentido, vista esta realidad de carácter empírico, me atrevo a pensar que sería altamente recomendable que los cultores de esta disciplina, constitucionalistas en su mayoría, pongan interés en estudiar, en serio y sin anteojeras, que es y qué significa la doctrina del Derecho Procesal. De esta manera sabrán realmente lo que esto significa y podrán adherirse a esta postura, o en su caso rechazarla. Pero en esta última tesitura, lo harán con una mayor fundamentación y solidez de lo que he visto hasta ahora.

Un caso interesante que conviene analizar es la experiencia italiana, que se ha desarrollado grandemente y además ha tenido aportaciones originales. El problema se lo planteó la doctrina procesal en fecha tan temprana como 1950 (30 de septiembre - 3 de octubre) a raíz del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia, a donde concurrieron figuras muy destacadas del mundo procesal de entonces y lo mejor que tenía Italia en la vitrina (Carnelutti, Redenti, Calamandrei, etc.). Pero pasado el tiempo, y dejando a salvo las incursiones de Calamandrei y su discípulo Mauro Cappelletti, todo volvió a lo que era antes.

Italia, como sabemos, carecía de un control constitucional, que lo incorporaron por vez primera en su Constitución de 1947 a través de su Corte Constitucional, que solo empezó a funcionar en 1956 y con competencias tasadas. Aun más, el control era privativo de la Corte Constitucional y por tanto los manuales de Derecho Constitucional empezaron a incluir, dentro de su tratamiento, a la Corte como órgano constitucional.

Y así fue hasta mediados de los años sesenta del siglo pasado, en donde dando un paso adelante, algunos de los más importantes manuales usaron el membrete de "jurisdicción constitucional" (Mortati, Biscaretti di Ruffía, Spagna Musso, Virga, Themistocle Martínez, Lavagna, Crisafulli) sin mayores precisiones. Pero es en esta década que empieza a imponerse el concepto de "justicia constitucional" para referirse a todo lo que hace o dispone la Corte Constitucional y así figura en diversos manuales (Paladin, Pegoraro, Barbera y Fusaro, Bin y Pitruzzella, entre otros). Es decir, así como hay una justicia civil o una justicia penal, también debe haber una justicia constitucional, usando un término bastante arcaico. Y así ha sido desde entonces, con la diferencia que la "justicia constitucional" se ha ido ampliando y han aparecido cursos dedicados únicamente a la justicia constitucional (incluso doctorados) y manuales con el mismo fin. Entre estos últimos, el de más envergadura es el publicado por Zagrebelsky (primera edición, muy pequeña, en 1977 y segunda y última edición en 1988, prácticamente rehecha y muy ampliada). Zagrebelsky, quien más tarde sería magistrado y presidente de la Corte Constitucional, tuvo una única intervención en unas jornadas en 1989 en la cual se planteó el problema del "derecho procesal constitucional", de manera aguda y en cierto sentido intuitiva, pero luego se desentendió del tema. Le han atraído más los problemas teóricos del Derecho y de la

democracia y anda por esos derroteros. Y su manual, o mejor dicho, su pequeño tratado, sigue siendo una obra de muy altos quilates, pero envejecida por el paso del tiempo.

A fin de subsanar este vacío, hay otros que se han lanzado a la tarea de cubrirlo y existen varios manuales, de diversa magnitud y proporciones, sobre la “justicia constitucional” y sus temas (Augusto Cerri, Federico Sorrentino, Stefano M. Cicconetti, Alfonso Celotto, Luca Mezzetti - de especial interés por su amplitud de miras - Roberto Romboli - gran propulsor, analista y difusor de los “procesos constitucionales” a través de una publicación trienal - Alessandro Pizzorusso, Lucio Pegoraro, etc.

Sin embargo, el gran manual de justicia constitucional que circula con profusión en Italia en los últimos años es el conjunto preparado por Antonio Ruggeri y Antonino Spadaro (“Lineamenti di giustizia costituzionale”, 4ta edición, Torino 2009) que prácticamente ha pauteado el ritmo de estudio de la disciplina en dicho país. Pues bien, si revisamos con calma el índice de su manual, vemos que desarrolla temas como los siguientes: composición y funcionamiento de la Corte Constitucional, antecedentes, tipo de resoluciones, tipos de procesos o juicios, etc. Es decir, todo está centrado en un órgano jurisdiccional que se encarga básicamente de procesos de carácter constitucional (salvo la facultad de la Corte Constitucional de enjuiciar al presidente de la República por determinados delitos, que hasta ahora no ha hecho y que en realidad lo debe hacer usando el Código Penal y Procesal Penal, por razones obvias).

Es decir, en el manual de Ruggeri y Spadaro, así como en todos los demás, se trata básicamente de la estructura de una corte constitucional (que es jurisdiccional) y de todo lo que ella hace y puede hacer (que son procesos, de distinta composición y estructura) así como la variedad de sus pronunciamientos. Entonces valdría la pena preguntarse: ¿Por qué llamar “justicia constitucional” al estudio de un órgano jurisdiccional y de los procesos que resuelve? En el fondo, tales manuales desarrollan y exponen el “derecho procesal constitucional” tal como se da en Italia. Y nada más que eso.

Ahora bien: ¿Qué postura se ha adoptado en Italia sobre el concepto de “derecho procesal constitucional”?

Podríamos señalar algunas, que son las principales:

- a) La primera postura, que corresponde a un buen número de publicistas, es la abstención. El tema no les interesa o lo desconocen. Saben que existe la Constitución y unas cuantas normas sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional y eso les basta. Esto se ve claramente en el jurista práctico o abogado en ejercicio.
- b) Otros como Ruggeri y Spadaro - pero sobre todo el primero - sostienen la tesis háberliana: o sea, la "justicia constitucional" (así la llaman en Italia) es parte del Derecho Constitucional, una de sus ramas, al igual que el Derecho Parlamentario. Aun más, en última instancia "justicia constitucional" y "derecho procesal constitucional" son nombres equivalentes, pero más vale usar el primero.
- c) La postura singular de Pizzorrusso, que tras algunas vacilaciones, ha optado por el de "justicia constitucional" que lo considera fungible con el de "derecho procesal constitucional", o sea, como algo que por su parecido o similitud lo puede reemplazar, enunciado que no ha desarrollado.
- d) Un planteo importante es el de Lucio Pegoraro, quien sostiene que el concepto de "derecho procesal constitucional" es muy estrecho, pues se limita a los procesos constitucionales (privilegio del procedimiento y de la forma) y por tanto mejor es usar el de "justicia constitucional" que es más amplio y comprensivo y abarca otros temas. Por cierto, decir que el "derecho procesal constitucional" solo se preocupa de los procesos, es lo mismo que decir que el "derecho procesal civil" solo se ocupa de los procesos civiles, lo cual es de una absoluta inexactitud. Y un desconocimiento de lo que es la doctrina procesal y de sus relaciones con el derecho sustantivo.

Quizá convenga decir algo sobre lo que es el Derecho Procesal como disciplina, tal como lo entiende hoy la Teoría del Derecho y la doctrina procesal más acreditada. Y es que el Derecho Procesal tiene, si se quiere, dos grandes partes: la primera de carácter teórico, de fundamentos, y que normalmente incluye una referencia histórica; la segunda es el eje alrededor del cual se mueve la disciplina, y que son tres conceptos, discutidos es cierto, pero válidos, como son la acción, la jurisdicción y el proceso, que dan origen a múltiples desarrollos. Todo esto es parte del Derecho Procesal, que a su vez puede desdoblarse en varias ramas según el objeto a tratar; si es civil, pues saldrá de ahí el Derecho Procesal Civil y así sucesivamente. Y en cada una

de estas ramas puede distinguirse a su vez una parte aplicada: por ejemplo, si el Derecho Procesal Civil se aplica a la Argentina, tendremos el “derecho procesal civil argentino”, que tratará lo que sucede en ese nivel en el respectivo país. Así las cosas, es fácil advertir que estos elementos hay que tenerlos presentes a fin de poder afinar bien nuestra postura de cara a lo que debe ser o donde debe estar ubicado el Derecho Procesal Constitucional. Y que lamentablemente muchos parecen desconocer.

La postura italiana es decididamente rica, muy matizada y digna de estudio. Por otro lado, igual criterio se sigue en Francia y en España, en donde no se ha dado –hasta donde sabemos – ninguna de estas interesantes disquisiciones que hemos visto en Italia, y de las que esperamos nuevos planteos en el futuro.

Resumiendo lo anterior podríamos decir que tenemos dos situaciones: por un lado la diferencia entre la América Latina que prefiere el término “derecho procesal constitucional”. Y por otro el de Europa, que en términos generales opta por el de “justicia constitucional”, como es el caso de los países mencionados anteriormente. Y al parecer, no habrá entre ellos ningún acercamiento, ya que nadie se atreve a dar el primer paso y menos aun a plantearse teóricamente el problema en cuanto tal ni tampoco en estudiarlo. Y en cuanto a la naturaleza del primero, existen básicamente las posturas reseñadas, de las que prefiero la “procesal”, a la que me adhiero.

En lo que a nosotros se refiere, o sea, en la problemática y ámbito latinoamericanos, el tema ha sido tratado en forma específica y por vez primera, en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (marzo de 2011) en donde más que un debate, que realmente no se dio, hubo varias exposiciones de las diversas posturas, a las que aquí he hecho referencia. Pero lo importante es haber dejado sembrada la inquietud y que despierte el interés de los colegas y de las nuevas generaciones¹.

1 A fin de evitar una bibliografía detallada de los temas que aquí se abordan, me permito remitir a dos libros míos donde el lector interesado encontrará mayores elementos de juicio y abundante bibliografía: *El derecho procesal constitucional en perspectiva* (2009) y el colectivo *En torno al Derecho Procesal Constitucional. Un debate abierto y no concluido* (2011), ambos editados en México por la Editorial Porrúa.

CAPÍTULO XII

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Los primeros pasos en el siglo XIX. 3. Antecedentes del modelo concentrado. 4. Los primeros tribunales constitucionales. 5. Acercamientos. 6. Jurisdicción internacional. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. ANTECEDENTES

Como es de sobra conocido, los tribunales constitucionales son una creación europea, debido al espíritu innovador de Hans Kelsen, que se concretó en el período de entreguerras en Austria (1919) Checoslovaquia (1920) y España (1931).

Con posterioridad a 1945, la idea se extendió por el resto de Europa, con la reinstalación del Tribunal Constitucional austriaco (1945) y la formación de tribunales en Italia (1948) Alemania (1949), a los que siguieron otros más.

Se sabe que esta influencia ha trascendido el medio europeo, y existen tribunales constitucionales en países fuera de su órbita y últimamente, en países que volvieron a la democracia tras la caída de los regímenes comunistas del Este (Hungría en 1989, Bulgaria en 1991, República Checa en 1992, Estonia en 1992, etc.).

Pero poco se sabe sobre los tribunales constitucionales en América Latina, que son recientes y todavía no muy numerosos. Han tenido dificultad en ser aceptados por la opinión pública de estos países, lo que se ha logrado paulatinamente y tendrá cada vez mayor predicamento. Veamos algunos aspectos que nos servirán para entender mejor esta realidad.

2. LOS PRIMEROS PASOS EN EL SIGLO XIX

Los países independientes que hoy se conocen genéricamente como América Latina, fueron colonias de dos grandes imperios: el español y el portugués, si bien con características y modalidades dis-

tintas. Esto se inició en el siglo XV con el descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colón en 1492, que hoy los estudiosos prefieren recordar como “encuentro de dos mundos” (ya que no tendría sentido preguntar quién descubrió a quién). Pero con motivo de la invasión napoleónica a la península ibérica en 1808, se sucedieron una serie de hechos políticos que repercutieron en las colonias hispanoamericanas, lo cual precipitó la independencia política de todos ellos, lo que se dio entre 1810 y 1824, quedando solo dependientes de la Corona española las islas de Cuba y Puerto Rico. Y así fue hasta 1898.

Pues bien, las dos grandes influencias que tuvieron los jóvenes países independizados en Hispanoamérica, fueron la francesa y la norteamericana.

La francesa influenció mucho en el aspecto político, y sobre todo, en la parte de los Derechos del Hombre, así como en la literatura de la época, en especial, los textos de la Ilustración. Y Estados Unidos era un ejemplo muy cercano y modélico, y en cierto sentido afín a los nuevos países, pues se había liberado de la tutela de un gran imperio, como era el inglés. De este ejemplo llegó, sobre todo, la forma presidencial de gobierno, así como el modelo federal, que mucho adoptaron en el siglo XIX y que aun hoy mantienen los países más extensos y poblados (como son México, Venezuela, Brasil y Argentina).

Desde el punto de vista de la literatura jurídica y política, fueron muy influyentes *The federalist papers*, y sobre todo *De la démocratie en Amérique*, del célebre Tocqueville, no solo porque se leyeron en sus versiones originales, sino por cuanto de ellas se hicieron traducciones al castellano en fechas muy tempranas (alrededor de 1840).

Esto sirvió y fue el factor determinante para que el típico modelo de control de constitucionalidad de las leyes, surgido del célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, se hiciese conocido y tuviese gran influencia. Fue así como los grandes lineamientos del llamado modelo americano o *judicial review* fue incorporado, es cierto que con matices, en la América Latina desde mediados del siglo XIX. El primer país que lo hizo fue México en 1841 y luego lo siguieron otros, en especial la Argentina en 1863, lo que se generalizó a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

A mediados del siglo XX, prácticamente todos los países de la América Latina habían incorporado el modelo americano de control de constitucionalidad en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

3. ANTECEDENTES DEL MODELO CONCENTRADO

El modelo europeo de control constitucional, conocido como “control concentrado” o “control abstracto”, reposa en la armazón teórica de Hans Kelsen, arquitecto del Tribunal Constitucional de Austria, concebido en 1919 y consagrado constitucionalmente en 1920, y que tuvo influencia en el período de entreguerras, lo que se reflejó en los tribunales que posteriormente se crearon en Checoslovaquia (1920) y España (1931), como ya se dijo.

Por tanto, la influencia europea se hace sentir recién a partir de la década del treinta del siglo pasado, pero ello no impidió que algunos países latinoamericanos tuviesen desarrollos originales que se acercaban al modelo europeo, aun cuando lo hicieron en forma independiente y con anterioridad.

Entre ellos, podemos mencionar a los siguientes:

- a) el modelo colombo-venezolano, así llamado por cuanto estos dos países, Colombia y Venezuela, fueron una unidad política hasta 1830, que se llamó la “Gran Colombia” y por lo tanto tuvieron un desarrollo histórico compartido hasta esa época, y luego influencias recíprocas.

Así tenemos que Colombia desde 1850 tiene el control constitucional de normas a nivel interno, y luego se perfecciona una acción de carácter general en 1910, mediante una acción popular de inconstitucionalidad, de efectos *erga omnes*.

Por su parte, Venezuela incorpora en su ordenamiento el control difuso de las normas en 1897, y el control abstracto, de alcance general, en 1893. Con anterioridad y en forma limitada a las leyes provinciales, lo había consagrado su Constitución de 1858.

Cabe advertir que los avances de estos dos países durante el siglo XIX, fueron en continuo desarrollo y encomendaron al Poder Judicial el control de constitucionalidad, y así lo fue durante más de cien años.

- b) El modelo cubano surge en la isla de Cuba en 1901, a raíz de su primera Constitución, y se reglamenta en ley especial de 1903, que crea el “recurso de inconstitucionalidad” de carácter general. Más tarde, la Ley Constitucional de 1934, concreta la Acción Pública de Inconstitucionalidad, con efectos generales.

Posteriormente, la Constitución de 1940 que estuvo en vigencia y aplicación plena hasta 1952, siguiendo el modelo español, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que tenía similares competencias, si bien dicho Tribunal no era autónomo, sino que era una sala integrante del Tribunal Supremo.

El desarrollo político posterior a 1952, imposibilitó su funcionamiento adecuado y en los hechos el modelo desapareció con la llegada al poder de Fidel Castro (1959).

- c) Ecuador es un caso interesante. Por influencia de la Constitución española de 1931, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1945, pero no tuvo ninguna vigencia, pues fue derogado en 1946 por una nueva Constitución.

La institución, creada en 1945, tenía funciones consultivas y no ejercía ningún control, sino que instaba al Poder Legislativo para que derogase la norma inconstitucional. Al parecer, si bien el nombre fue tomado de la experiencia española, en el fondo se trataba de una nueva versión del Consejo de Estado francés, de tanta influencia en la vida política del Ecuador, pues se le encomendaba adicionalmente resolver en lo contencioso-administrativo.

El Tribunal de Garantías Constitucionales volvió a aparecer en la Constitución de 1967, pero sin atribuciones jurisdiccionales en materia constitucional y más reducida que las fijadas en 1945. La Constitución de 1978 lo reiteró con ese nombre e idénticas facultades, y sobre todo como un ente consultivo y con decisiones no vinculantes. Más adelante, expresas reformas en 1992 lo mantuvieron como tal, pero muy disminuido, pues creó en paralelo una Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema de Justicia, que era la que en última instancia tenía competencias en materia constitucional. En cierto sentido, al hacer coexistir el Tribunal de Garantías Constitucionales con la Sala Constitucional de la Corte Suprema, la reforma de 1992 fue un retroceso, si se la compara en perspectiva con lo que había sido creado en 1945.

De expuesto puede concluirse que la experiencia en lo que al Tribunal de Garantías Constitucionales se refiere y en el período 1945 - 1992, fue bastante limitada, pues su actuación principal consistió en ser un órgano de apoyo al Poder Legislativo, al que

prestaba colaboración y al que rendía informe anual. Esta situación cambió a partir de 1996, como lo veremos más adelante.

Como puede verse de estos ejemplos, ha habido desde fines del siglo XIX, y más en concreto desde principios del siglo XX, un desarrollo interesante en el sentido de afinar el tradicional *judicial review* y buscar fórmulas más generales que anteceden al modelo europeo concentrado, que es posterior. La experiencia europea se hace sentir a mediados de 1930 y esto se refleja en las experiencias que se ven en ese período, del cual destaca, sobre todo, el modelo cubano de 1940, ya que la experiencia ecuatoriana de 1945 fue en su momento y hasta 1996, algo vacilante e impreciso, que no concretaba nada.

4. LOS PRIMEROS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El modelo europeo iba a fijarse y asentar su influencia tan solo en el período de la segunda posguerra, y como consecuencia de los graves sucesos por los que había atravesado el continente europeo en años anteriores. Y por tanto, configurado este modelo, era natural que su ejemplo se extendiese más fácilmente en otras áreas geográficas.

Y así, tenemos los siguientes casos:

- a) Guatemala fue el primer país que, en puridad, introduce en su ordenamiento interno un tribunal constitucional. Y lo hace en su Constitución de 1965, con el nombre de Corte de Constitucionalidad.

Sin embargo, esta Corte era peculiar. Por un lado, no era un órgano permanente sino que se reunía solo cuando había causas que resolver y cuando esto ocurría. Y sus miembros no eran titulares, sino que era una selección de magistrados de diversas instancias, que sesionaban solo cuando existían causas pendientes. Es decir, no tenía magistrados permanentes. Y además, con competencias limitadas.

Por tanto, puede decirse que Guatemala es el primer país que introduce un tribunal constitucional, con efectivas competencias jurisdiccionales, pero que no cuaja en algo definitivo y con independencia, ya que en el fondo era una emanación del Poder Judicial.

Más bien, y en vista de las fallas del modelo así concebido, la Constitución guatemalteca de 1985 en vigencia, reiteró la institución de la Corte de Constitucionalidad, pero esta vez con magistrados adscritos a ella. Y además en forma independiente, habiendo tenido desde entonces una actividad jurisprudencial destacada, y en defensa del orden constitucional.

- b) Chile creó el Tribunal Constitucional en 1971, como consecuencia de una reforma a la entonces vigente Constitución de 1925, pero con muy limitadas competencias, y en la línea del modelo francés de control preventivo. Aun así, este Tribunal tuvo una actividad intensa y agitada y cesó de existir en 1973, como consecuencia del golpe de Estado de Pinochet, que instauró una dictadura que duró largos años.

Más tarde, la Constitución de 1980 actualmente en vigor, que preparó la dictadura con buena asesoría y que con cambios sustanciales ha perdurado hasta ahora, reintrodujo la figura del Tribunal Constitucional, siempre con competencias limitadas y con un control básicamente preventivo.

El Tribunal Constitucional chileno ha tenido una actividad normal, y es entre los de su tipo, el más discreto en la América Latina.

- c) El Perú introdujo, teniendo como referencia la experiencia española, el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979, con atribuciones de control abstracto y también en casos de afectaciones directas a los derechos fundamentales. Esto es, con competencias tasadas e independientes en su administración y funcionamiento.

Con posterioridad, la actual Constitución de 1993 le cambió de nombre y amplió sus competencias. Lo denominó Tribunal Constitucional y como su antecesor, es autónomo e independiente del Poder Judicial.

El Perú es quizá el primer modelo que se introduce en América Latina, siguiendo de cerca la pauta europea.

- d) Colombia es un caso notable por su evolución jurídico-constitucional, ya que por un lado, sentó las bases de un modelo de control desde el siglo XIX, avanzó notablemente en el siglo XX y ya a mediados de este último, lo hizo con el otorgamiento de facultades al Consejo de Estado (tomado de la tradición france-

sa) y a la Sala Constitucional de la Corte Suprema (en 1979), en evolución interesante y discutida.

Por fin, luego de un largo debate, la actual Constitución de 1991 creó la Corte Constitucional, como parte de la llamada “Rama judicial”, que comprende a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Magistratura, la Fiscalía General y demás tribunales y jueces, pero con total autonomía administrativa y funcional. Ha tenido, por lo demás, una actividad intensa, con jurisprudencia creadora, que la coloca en un lugar destacado entre sus similares en América Latina.

- e) Ecuador, como se señaló anteriormente, introdujo en 1945 la institución del Tribunal de Garantías Constitucionales, pero sobre todo con carácter consultivo y dependiente del Poder Legislativo. Esto es, no podía ejercer un verdadero control de constitucionalidad y así fue durante muchos años. Desapareció en 1946, volvió a aparecer en 1967, fue reiterado en la Constitución de 1978 y sufrió reformas en 1992. Todo este largo periodo puede considerarse como de ensayo, pues no empuce el nombre, no ejercía competencias específicas ni vinculantes, y era un órgano dependiente del Poder Legislativo. Y así lo fue hasta 1996.

En este año, y mediante expresa reforma constitucional, se cambia de nombre a la institución, se le denomina Tribunal Constitucional, se le otorgan nuevas competencias y se le da autonomía frente a los demás órganos del Estado, con decisiones vinculantes. Esta nueva configuración que parte de 1996, se reitera en la posterior Constitución de 1998. La vigente Constitución sancionada en 2008 ha creado la Corte Constitucional con amplísimas competencias culminando así un largo proceso de maduración institucional.

- f) En Bolivia y mediante reforma a su Constitución de 1967, se introdujo el Tribunal Constitucional, con expresas facultades jurisdiccionales en 1994, pero considerado como parte del Poder Judicial, si bien es cierto que funciona con autonomía plena.

Pero por esos vaivenes de la política interior, el Tribunal boliviano solo se instala en 1999, pero será reemplazado en la Constitución de 2009 con un nuevo nombre: Tribunal Constitucional Plurinacional, cuyos miembros serán elegidos por el voto popular. Esto hace, sin lugar a dudas, cuestionable su funcionamiento,

que al igual que en el caso del Ecuador, tiene sobre sí un ambiente político enrarecido y una velada intromisión del poder político cuando están presentes problemas que afectan al gobierno de turno.

- g) El más reciente es el Tribunal Constitucional incorporado en República Dominicana en su Constitución de 2010, que reemplaza a la anterior de 2002. En la actualidad en dicho país existe una doble vía de control constitucional. La primera es la vía de excepción, control difuso o cuestión prejudicial, que se implantó por vez primera en la Constitución de 1844 y que tras un largo paréntesis ha vuelto a aparecer en la actual Carta (art. 188) a cargo del Poder Judicial, quien también conoce los procesos constitucionales clásicos (Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data). El control concentrado apareció primero como atribución de la Corte Suprema (1924-1927), reapareció en 1994 y luego finalmente con el nuevo Tribunal Constitucional en 2010. Este Tribunal tiene muchas atribuciones, tales como la acción de control directo, control preventivo de los tratados, conflictos de competencia, los estados de excepción y demás que señale la ley. Tiene un total de 13 miembros y duran en el cargo 9 años, sin posibilidad de reelección, si bien se renuevan por tercios.

5. ACERCAMIENTOS

Al margen de lo expresado, hay que recordar que los demás países que tienen control constitucional, lo hacen a través del Poder Judicial, y en esto existen algunas modalidades de interés, que conviene resaltar.

El primero es México, que en virtud de sus reformas constitucionales de 1987 y 1994, ha convertido a la Corte Suprema de la Nación en un tribunal que solo resuelve asuntos constitucionales, con lo cual y en la práctica, es un tribunal constitucional. Pero la Corte Suprema no ha dejado de ser el máximo tribunal judicial de la Federación y tiene también funciones de carácter administrativo y judicial ordinario, con lo que se ha creado un desfase que en algún momento conducirá a la clase política mexicana, a buscar la separación de ambos órdenes.

México tiene una trayectoria interesante, pues por un lado, ha ido reformando y ampliando cada vez más los instrumentos procesales protectores de los derechos fundamentales, de los cuales es re-

ciente muestra los cambios introducidos en la Constitución vigente en materia de Amparo (junio de 2011), así como el papel cada vez más importante atribuido a la Suprema Corte, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que la Suprema Corte de Justicia no es más que un tribunal constitucional, lo cual me parece excesivo. Una corte puede abocarse a problemas constitucionales en su mayoría, pero eso no significa que sea un tribunal constitucional, que obedece a una concepción distinta de lo que es un órgano de control. Y más aun cuando como en el caso de México, la Suprema Corte sigue siendo la cabeza del Poder Judicial de la Federación, como ya se adelantó.

El otro modelo es Costa Rica, que en 1989 creó la Sala Constitucional al interior de la Corte Suprema, y que ha tenido una intensa actividad jurisprudencial desde entonces. El caso de Costa Rica, que en cierto sentido se emparenta con la experiencia cubana de 1940, ha influido en otros países que lo han adoptado, como es el caso de Nicaragua, El Salvador, Paraguay y Venezuela. Pero con el agregado de que en dicho país la Sala Constitucional tiene todas las características de un tribunal constitucional europeo -o sea, autonomía funcional y administrativa y nombramiento especial de sus miembros- y que como característica propia resuelve problemas que incluso vinculan a las demás Salas de la propia Corte Suprema. Lo que ha creado algunas fricciones con las otras salas del máximo tribunal. Y que ha tenido una actividad jurisprudencial de sumo interés.

6. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

En América Latina existen varios tribunales supranacionales de distinto orden, pero casi todos ellos están vinculados con procesos comunitarios de integración, como es el caso del Tribunal de Justicia Andina (para los países de la comunidad andina), la Corte Centroamericana de Justicia, para los países centroamericanos, y algunos menos relevantes como es el caso del MERCOSUR (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, con posteriores adhesiones).

En materia de derechos humanos existe en San José, Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte del sistema de la Organización de Estados Americanos (OEA) creada en la década de los setenta del siglo pasado y que ha tenido un importante rol en la defensa de los derechos humanos de la región.

En los últimos tiempos dicha Corte ha tenido diversos pronunciamientos (sobre todo en caso de torturas, desaparecidos, ejecuciones extrajudiciales, etc.) que han afectado y dejado de lado diversas leyes de los países miembros, con lo cual, sin querer, se ha convertido en un órgano de jurisdicción internacional que define algunos términos de las constituciones de cada país. Lo que hace, por cierto, en los casos que la jurisdicción doméstica no funciona o está agotada y no existan condiciones objetivas para la justicia en un determinado país.

Ha habido, pues, un proceso de ida y vuelta. En algún momento se pensó que era bueno reforzar la jurisdicción internacional para los efectos de mejor amparar los derechos humanos. Pero a mediados de los ochenta, se insistió en las vías nacionales, cuando las democracias volvían al continente latinoamericano. Pero nuevamente, se ha apelado a la jurisdicción internacional, de suerte tal que se da una retroalimentación entre los dos órdenes, el interno y el externo. Que sin lugar a dudas, ha sido provechoso para la protección de los derechos humanos.

7. CONCLUSIONES

Los países latinoamericanos, nacidos a la independencia política a principios del siglo XIX, adoptaron muy pronto la forma republicana de gobierno, con la excepción del Brasil que fue una monarquía hasta 1889. Y al hacerlo, tuvieron presente diversos documentos doctrinarios, algunos hechos espectaculares como la Revolución francesa, y en materia de control de constitucionalidad el modelo americano instaurado en 1803, más conocido como *judicial review*, y que se difundió ampliamente.

Y tal es el ejemplo que domina-con otros elementos más-en las primeras experiencias latinoamericanas de control constitucional, en donde si bien se sigue el modelo americano, no va a ser una copia servil sino creadora, que nos da lo siguiente:

- 1) modelo americano firme en sus lineamientos generales, como lo fueron, la Argentina y el Brasil en el siglo XIX y lo son todavía.
- 2) desarrollos peculiares, con innovaciones, que se dan a fines del siglo XIX, como es el caso de Colombia y Venezuela, originándose así lo que se denomina como control o modelo mixto y también del modelo concentrado, que se ve de manera especial en Cuba (1903-1940);

- 3) presencia de tribunales constitucionales, tomados de la experiencia europea, pero con matices, desde 1965, y
- 4) coexistencia de varios modelos de control constitucional, que partiendo de lo que fue la experiencia norteamericana, ha desembocado en nuevas figuras, en la cual coexisten diversos tipos de control.

Lo anterior demuestra que aun habiéndose adoptado en diversos países y en fecha reciente, el modelo europeo de control a través de tribunales constitucionales, ello no significa que la adopción haya sido mecánica, sino que se han introducido variantes, que los hacen peculiares en su desarrollo.

Aspectos que hay que destacar, si bien algo hemos adelantado, es aquellas cortes o tribunales supremos que hacen las veces de un tribunal constitucional, pero sin llegar a serlo, por la relevancia o cantidad de causas de carácter constitucional que resuelven. Es el caso del Brasil (en donde en los debates previos a la actual Constitución de 1988 se barajó la posibilidad de introducir un tribunal constitucional, pero que no prosperó). Y el de la Argentina, que en su reforma de 1994, precedida por el Pacto de Olivos, tampoco lo consideró.

En cuanto al real y efectivo funcionamiento de estos modelos, ello no ha sido óptimo, pues depende en gran parte del desarrollo político de estos pueblos, que todavía es incipiente. Y también en la madurez de las instituciones democráticas, algo que no está asentado en definitiva, pero hacia eso apuntan los esfuerzos de las élites políticas de nuestros pueblos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Cada uno de los países latinoamericanos cuenta con bibliografía que trata el problema del control constitucional en cada uno de ellos, que varía en calidad y cantidad. Y que en conjunto es inmensa e inmanejable, motivo por el cual aquí hacemos referencia tan solo a panoramas generales sobre el tema.

El primer gran marco interpretativo lo hizo un profesor norteamericano que en la década del cuarenta y del cincuenta, hizo varios estudios sobre diversos aspectos puntuales del Derecho Público en Latinoamérica, y que ha condensado en un cursillo dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México en 1962, y publicado con el siguiente título: James A. C. Grant *El control ju-*

jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política. UNAM, México 1963. Puede verse también, Phanor J. Eder, *Judicial review in Latin America* en "Ohio Law Review", 1960.

Igualmente por su carácter precursor, el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984 (reúne las actas del llamado Coloquio de Sochagota, organizado en Colombia por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en noviembre de 1977, y que constituye el primer encuentro de los constitucionalistas del área, para tratar en profundidad y por vez primera la temática).

Otros textos son los siguientes: Allan R. Brewer - Carias, *Instituciones políticas y constitucionales*, 3ra edición, Univ. Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996 (en especial el tomo VI, dedicado a la justicia constitucional); Francisco J. Eguiguren Praeli, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica, una visión comparativa*, Fundación K. Adenauer, Buenos Aires 2000; Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Edit. Ingranusi, Montevideo 200; Héctor Fix Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1945-1965)*, UNAM, México 1968; id. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, Edic. Porrúa y UNAM, México 1985; Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson *et alter*, Madrid 1997 (un gran panorama comparado); Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, México 2002, ib. *Derecho procesal constitucional*, Edit. Porrúa, 4ta edición, México 2003, 4 tomos (la más completa selección de textos sobre países y temas que existe en castellano) y Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Edit. Dykinson, Madrid 2002 (obra muy comprensiva, incompleta en relación con la edición alemana y además con una traducción descuidada, como se aprecia desde la incorrección del título).

Lima, mayo de 2003. Revisado en diciembre de 2012.

ENSAYOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL,
de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE se imprimió en la República Argentina en setiembre de 2017.

