

## IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

### Análisis de un debate contemporáneo \*

#### 1. EL PUNTO DE PARTIDA: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO

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

El punto de partida lo constituye la afirmación de N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*<sup>1</sup> publicada en México en 1947. El destacado procesalista español advierte en esta obra: «Como San Juan en su Evangelio (I, 1), también el procesalista podría decir que en el principio fue el proceso... y que luego después se han ido agregando calificativos a medida que han ido surgiendo nuevas ramas...»<sup>2</sup>; y al referirse al nacimiento de varias ramas del proceso, como la administrativa y la laboral, enfatiza también sobre el «*surgimiento de un proceso constitucional*, por un lado, en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos, que siendo su hermana menor en jerarquía, ha sido en diversos países su hermana mayor en el orden del tiempo (además de implicar en sí misma una nueva ampliación procesal) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que, como ha demostrado JERUSALEM, el Derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, inspirada por KELSEN, a quien, por tanto, debemos considerar fundador

---

\* Publicado en *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, año 22, octubre 2008, pp. 245-282.

<sup>1</sup> México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2.<sup>a</sup> edición, con prólogo de H. FIX-ZAMUDIO), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

<sup>2</sup> *Op. últ. cit.*, p. 207 (1.<sup>a</sup> ed. de 1947); pp. 215-216 (2.<sup>a</sup> ed. de 1970) y p. 214 (3.<sup>a</sup> ed. de 1991, en realidad reimpresión de la 2.<sup>a</sup> ed.).

de esta rama procesal, a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931»<sup>3</sup>.

Como puede apreciarse, ALCALÁ-ZAMORA considera a KELSEN como «fundador de esta rama procesal», teniendo en cuenta que: i) inspiró la creación de la jurisdicción constitucional austriaca; ii) realizó un importante estudio sobre la misma (se refiere al de 1928, que expresamente cita en nota al pie de página), y iii) por haber repercutido en el constitucionalismo de otros países.

El más destacado de sus discípulos, H. FIX-ZAMUDIO, en su tesis elaborada para obtener el grado de licenciado en Derecho (1955), que más adelante analizaremos con detalle al constituir el primer planteamiento conceptual y sistemático de la disciplina como ciencia autónoma procesal, considera acertada la apreciación de su maestro. En el capítulo tercero, que denomina «El Derecho procesal constitucional», que luego apareciera publicado como artículo independiente al año siguiente (1956), señala: «Y si el nacimiento del Derecho procesal civil como disciplina científica se fija, según la mayoría de los tratadistas, en el año de 1868 en que O. Bülow dio a la luz su conocidísimo tratado “La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales”, el comienzo de la Ciencia del Derecho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928 en el cual el ilustre H. KELSEN publica un estudio sistemático sobre la materia: “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, ensayo que nos ha servido de modelo para intitular este trabajo, y que es considerado por el maestro Alcalá-Zamora como fundamental para la disciplina que examinamos, debiendo hacerse notar que la labor del ameritado jurisconsulto austriaco no sólo fue de naturaleza teórica, sino también práctica, toda vez que durante los años de 1919 hasta 1929, desempeñó simultáneamente dos cargos: catedrático de la Universidad de Viena y Juez constitucional en la Corte creada por él»<sup>4</sup>.

La postura del maestro y su discípulo fue seguida por varios autores de manera pacífica<sup>5</sup>. En años recientes, sin embargo, la polémica ha resurgido fundamentalmente por las dudas generadas por dos de los principales cultivadores de la materia: N. P. SAGÜÉS y D. GARCÍA BELAUNDE, cuyas aportaciones para el desarrollo posterior de la ciencia del Derecho procesal constitucional han resultado fundamentales, a manera de forjadores de segunda generación.

## 2. EL DEBATE CONTEMPORÁNEO: SAGÜÉS Y GARCÍA BELAUNDE

SAGÜÉS cuestiona la «tesis Alcalá-Fix» al estimar que: «De Kelsen se ha dicho, y no sin fundados motivos, que fue su estructuración científica la que permitió la moderna concepción del Derecho procesal constitucional. No obstante, y sin perjuicio del decisivo aporte del maestro de la Escuela de Viena, cabe alertar que si el Derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 214-215 (edición de 1991).

<sup>4</sup> H. FIX-ZAMUDIO, «La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo», Tesis de Licenciatura, México, Facultad de Derecho de la UNAM, p. 62. El capítulo III, quedó publicado como «El Derecho procesal constitucional» en *La Justicia*, enero de 1956, pp. 12300-12313, en p. 12302

<sup>5</sup> *Cfr.*, entre otros, J. ALMAGRO NOSETE, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 157.

#### IV. ¿ES Kelsen EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos “procesos constitucionales” de *habeas corpus*, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería. A lo dicho, cabe agregar que la implementación de aquellos trámites es muy anterior a la erección de la Corte constitucional austriaca, y que ya existía una “magistratura constitucional” (no especializada, claro está) antes de Kelsen. En resumen, pues, de seguirse una noción amplia del Derecho procesal constitucional, habría que remontarse a aquellos institutos jurídicos —algunos de ellos con siglos de antigüedad— destinados a salvaguardar la libertad física y otros derechos humanos, aunque entonces no hubiera “Constitución formal” en el sentido moderno de esa expresión»<sup>6</sup>.

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

«A) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina, y que luego se expandirá por el resto del mundo.

B) Kelsen postula una jurisdicción constitucional con ese nombre; así lo hace en la ponencia presentada a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde utilizando el término “jurisdicción estatal” agrega que el más adecuado es el de “jurisdicción constitucional”; *cf.* *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal), Berlín-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929. Por el contrario, en la versión francesa que publica el mismo año del encuentro de Viena, o sea, en 1928, utiliza indistintamente las palabras “justicia” o “jurisdicción” constitucionales, como si fueran sinónimos, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (*cf.* “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, t. 45, 1928).

Sin embargo, en el mismo tomo 45 de 1928 de la “Revue du Droit Public et de la Science Politique” acompañan al ensayo de Kelsen sendos estudios de Boris Mirkine-Guetzévitch y de Marcel Waline, quienes emplean el concepto “jurisdicción constitucional” y hacen referencia a países que han adoptado el sistema de control de la constitucionalidad. Y por la misma época, son varios los que abordan el nuevo

<sup>6</sup> N. P. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional. Tomo I: Recurso Extraordinario*, 4.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 6 y 7. Esta postura ha sido defendida por su autor desde hace tiempo.

tema, iniciándose así en Francia un interesante debate, como se puede apreciar en las diversas colaboraciones del colectivo publicado en homenaje a uno de los grandes juristas de principios de siglo (así en el “*Mélanges Maurice Hauriou*” de 1929). Y con anterioridad al debate en torno a la ponencia de Kelsen que se llevó a cabo en una sesión especial el 20 de octubre de 1928 en el *Institut International de Droit Public*. Pero Kelsen no fue más allá. Tampoco el intenso debate francés tuvo consecuencias inmediatas, sino que más bien fue al revés, como lo demuestra la experiencia del Consejo Constitucional francés (por lo menos hasta 1971).

C) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como “legislador negativo”, concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda posguerra.

D) De la lectura atenta que se hace de la ponencia de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no sólo no usa el término “proceso constitucional” sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano *ad-hoc*.

E) Aún más, no se advierte en Kelsen un conocimiento, ni siquiera rudimentario, del Derecho procesal, no obstante que el procesalismo alemán era por entonces importante (si bien una de sus principales figuras James Goldschmidt iba pronto a emigrar para terminar muriendo en Montevideo en 1940). E igual podría decirse de los otros juristas que por la misma época escribían sobre lo mismo.

F) Kelsen, pues, no puede considerarse el padre ni el fundador del Derecho procesal constitucional, por las razones antes dichas. Es sin lugar a dudas, uno de los creadores del modelo concentrado y su teórico más solvente al momento de su aparición...

Por tanto, para hablar de un fundador del Derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho procesal; por otro, que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido. Y esto aun cuando en embrión, como sucede siempre con los fundadores y en los primeros pasos de toda disciplina. Y quien primero lo ha hecho es, sin lugar a dudas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo hizo en América. No cupo este designio a ningún autor o doctrinario alemán o italiano, que estaban debidamente equipados para ello, pues usan el término en fecha muy posterior (en Italia a partir de 1950 y en Alemania a partir de 1970)<sup>7</sup>.

Hasta aquí las consideraciones contundentes de GARCÍA BELAUNDE relativas a considerar al procesalista ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO como el fundador del Derecho procesal constitucional desde su perspectiva científica y no al maestro de la escuela de Viena, cuyas aportaciones considera deben valorarse en su justa dimensión.

Las posturas de SAGÜÉS y de GARCÍA BELAUNDE son sugestivas y llenas de contenido. Ambos tienen razón según la perspectiva con la cual se analice. A nuestro modo de ver, el debate sobre el «fundador» de la disciplina carece de una precisión previa y elemental: ¿qué debemos entender como fundador de una disciplina jurídica?

---

<sup>7</sup> D. GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142. Este trabajo fue presentado como ponencia en el Congreso sobre «Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional» en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006.

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

En una primera aproximación semántica de «fundador», refiere al adjetivo «Que funda», lo que nos engarza con el acto mismo de «fundar», que significa «establecer, crear» y con «fundación» que se dirige al «principio, erección, establecimiento y origen de una cosa»<sup>8</sup>. Ahora bien, este principio y origen se refiere: ¿a las instituciones o a la disciplina que las estudia? Y ahí encontramos la importancia del alcance que le demos al propio Derecho procesal constitucional. Atendiendo a la respuesta a estos interrogantes será la posible consecuencia de la paternidad de la materia, si es que puede atribuirse a un solo jurista tal calificativo. Es más, podríamos entrar también al debate previo sobre las distinciones entre «precursor» y «fundador» que suelen emplearse en las distintas disciplinas. Partiendo también de su connotación, «precursor» refiere a «que precede o va delante, que profesa o enseña doctrinas o acomete empresas que no tendrán razón ni hallarán acogida sino en tiempo venidero»<sup>9</sup>.

La tesis de SAGÜES parte, como él mismo lo reconoce, de una concepción «amplia de Derecho procesal constitucional». De ahí la importancia en distinguir el Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social de su caracterización científica. Si buscamos el origen de la disciplina en su primera perspectiva, como acertadamente lo destaca el profesor argentino, tendríamos que escudriñarlo desde la antigüedad y difícilmente llegaríamos a una convicción sobre su fundador y más bien tendríamos que atender a los acontecimientos, personajes, instituciones, ideologías o instrumento jurídicos relevantes para la disciplina en estudio. En un trabajo diverso, el propio SAGÜES reconoce que no es sencillo precisar cuándo nace el Derecho procesal constitucional. Como «antecedentes más lejanos» señala el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, preludeo del *habeas corpus* inglés que ya aparece en la Carta Magna de 1215 o bien los procesos forales aragoneses junto con el Justicia Mayor. En cambio sostiene como «fuentes más próximas, claras y precisas», a manera de «tres cumpleañeros» de la disciplina: 1) El *Habeas corpus Amendment Act* de 1679, al constituir el primer ordenamiento que meticulosamente regula un proceso constitucional; 2) El emblemático *Caso Marbury vs. Madison* de 1803, a partir del cual se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad, y 3) La promulgación de la Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, paradigma de Tribunal Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad<sup>10</sup>.

Como se aprecia, SAGÜES no considera el trabajo de KELSEN de 1928 ni los desarrollos posteriores de la disciplina procesal. Es claro que su postura descansa en la concepción del Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, que en realidad es la «concepción amplia» a la que alude. Bajo esa perspectiva adquiere lógica el planteamiento del profesor argentino y nos llevaría además a referirnos a otros acontecimientos y personajes también relevantes en su configuración, como puede ser el *Bonham's Case* de 1610, resuelto por E. COKE, que influyó a la postre en la postura adoptada en los Estados Uni-

<sup>8</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21.ª ed., 1992, t. I, voces «Fundador», «Fundar» y «Fundación», pp. 1004-1005.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 1654.

<sup>10</sup> *Vid.* su trabajo: «Los desafíos del Derecho procesal constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., t. I, pp. 507-520, en pp. 507-508.

dos relativa a la supremacía constitucional sobre la supremacía del parlamento. También podría mencionarse a los Tribunales de Justicia Constitucional previstos en algunas constituciones alemanas (Baviera y Sajonia, 1818-1831) un siglo antes de la instalación de la Constitución austriaca y que seguramente tuvo presente Kelsen. Las ideas de B. CONSTANT sobre el poder neutro o moderador que encontró eco en ciertas latitudes y a manera de una etapa evolutiva de desarrollo de los órganos de control y de las garantías de la constitución<sup>11</sup>. O bien el antecedente directo del amparo, en su concepción contemporánea de garantía constitucional y diferenciada del *habeas corpus*, cuyo origen se encuentra en la Constitución de la República de Yucatán en 1841 debido a las ideas de M. C. GARCÍA REJÓN Y ALCALÁ, por sólo mencionar algunos de los antecedentes relevantes bajo esta perspectiva del Derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social.

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

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

---

<sup>11</sup> Sobre el tema, *vid.* P. DE VEGA, «El poder moderador», en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, núm. 116, abril-junio de 2002, pp. 7-24; reproducido en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 215-238.

IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

### 3. NUESTRA POSTURA: CUATRO ETAPAS DE DESARROLLO CIENTÍFICO (1928-1956)

Ahora bien, todo depende de la concepción que se le atribuya a la expresión «fundador». Si la entendemos desde una perspectiva formal, será la persona que visualiza por vez primera la dimensión «disciplina» en su sentido científico y le otorga el *nomen iuris*. Bajo esta concepción la tesis de GARCÍA BELAUNDE adquiere fuerza. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO sería el fundador.

Habría que preguntarnos si realmente podemos atribuirle tal calificativo al destacado procesalista español, que como ha quedado señalado sólo se limitó a destacar la existencia de la disciplina sin contribuir en lo absoluto en sus perfiles, alcances o contenidos, ni al estudio del «proceso constitucional» como figura procesal. Es más, no le dedica ni siquiera un artículo o apartado específico de un libro a la cuestión. Si analizamos con detenimiento su obra publicada en Argentina (1944), tiene el gran mérito de utilizar por vez primera la expresión en el título: *Ensayos de Derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, donde sobresalen dos trabajos relativos al análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales y al Derecho procesal en España. Con mayor exactitud deja ver la denominación también al año siguiente en la *Revista de Derecho Procesal* (1945), al advertir que la institución del amparo debe ser parte de la disciplina, pero sin realizar propiamente ningún aporte dogmático a la misma. En su importante libro publicado en México de 1947, no le dedica más de un párrafo al asunto y además no lo realiza a través de una argumentación principal, sino derivada de una más amplia relativa a la «materia litigiosa» y al «ensanchamiento del proceso» hacia nuevas fórmulas (administrativa, laboral y constitucional).

¿Debemos otorgarle el calificativo de fundador del Derecho procesal constitucional a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO? Nadie duda de su amplísima e importante obra dentro de la corriente del mejor procesalismo científico, especialmente en el Derecho procesal civil y penal, contribuyendo de manera importante en la aceptación de la concepción unitaria de la ciencia procesal apoyando la corriente de CARNELUTTI, que condujo incluso a la enseñanza de una teoría general del proceso y a una materia propia en los planes de estudio universitarios que propuso y logró el propio ALCALÁ-ZAMORA. La importancia de su pensamiento y obra ha sido reconocida recientemente por la comunidad internacional, al dedicarse a su memoria el *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*<sup>12</sup>. Sin embargo, su aportación a esta rama del Derecho procesal se redujo a destacar su existencia y denominación.

¿Es suficiente ese hallazgo para considerarlo fundador del Derecho procesal constitucional? Tiene razón GARCÍA BELAUNDE al advertir que debe valorarse en su justa dimensión la aportación de H. KELSEN, debido a que su ensayo se dirigió al análisis científico de la jurisdicción constitucional como órgano concentrado que había creado, pero no a la concepción de la disciplina. Es por ello que debe considerarse a KELSEN como «precursor» de la disciplina científica —nos apoya-

---

<sup>12</sup> Celebrado en la Ciudad de México del 22 al 26 de septiembre de 2003. Las memorias quedaron publicadas en cuatro extensos volúmenes por la UNAM, bajo la coordinación de M. STORME y C. GÓMEZ LARA. La mesa inicial del evento se dedicó a N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

mos en la connotación semántica que señalamos en líneas arriba—, esto es, el que aportó las bases teóricas que hallaran acogida tiempo después en el mejor procesalismo científico. Pero con ese mismo realismo, también habría que valorar en su justa dimensión la aportación de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que a lo más se le podría reconocer como «fundador nominal».

En cambio, si atendemos a la connotación material de la expresión, podría considerarse a otro el carácter de «fundador conceptual». Y ahí nuevamente dependerá del análisis histórico que se realice para atribuirle ese calificativo a un solo jurista.

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

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

KELSEN realiza su estudio a la luz de su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca que ya tenía tiempo de funcionamiento. Esta teorización del fenómeno la emprende con el ánimo de justificar la existencia misma de su creación (1818-1920)<sup>13</sup> y como parte del «sistema» sobre el cual el propio autor ya había dado una explicación «de conjunto» en su importante «Teoría general del Estado» (1925)<sup>14</sup> que años después cristalizaría en su «Teoría Pura del Derecho» (*Reine Rechtslehre*), como teoría del Derecho positivo, en tanto que es el propio ordenamiento jurídico su único y propio objeto de estudio, sin considerar apelaciones del Derecho natural o la moral. Esta teoría obedece a la pregunta de ¿qué es y cómo es el Derecho? Sin interesarle plantearse la cuestión del cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Su teoría descansa en la ciencia jurídica y no en la política del Derecho<sup>15</sup>. Es bajo esta perspectiva donde se advierte la intención del autor para justificar su postura del «sentido de la juridicidad» mediante el control del ejercicio del poder a través de un órgano independiente.

El origen de su trascendental ensayo sobre «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)»<sup>16</sup>, deriva de la ponencia redac-

<sup>13</sup> Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Especialmente *vid.* pp. 246 y ss.

<sup>14</sup> Una síntesis de esta teoría que explica el control constitucional en un Estado federal, puede verse en U. SCHMILL, «Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal», en J. R. COSSÍO y L. M. PÉREZ DE ACHA (comp.), *La defensa de la Constitución*, 2.ª ed., México, Fontamara, 2000, pp. 11-42.

<sup>15</sup> *Teoría Pura del Derecho*, 15.ª ed., México, Porrúa, 2007.

<sup>16</sup> *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, 1928, año XXXV, t. 45, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, Paris, 1929, pp. 52-143.

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

tada en alemán que presentó en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena en abril de 1928. En esta ponencia, según nos relata GARCÍA BELAUNDE, prefiere KELSEN la expresión «jurisdicción constitucional» a la de «jurisdicción estatal» y de ahí deriva que el traductor del texto al francés, su discípulo EISENMANN<sup>17</sup>, se toma la libertad de utilizar las expresiones «jurisdicción constitucional» y «justicia constitucional» como sinónimos y al utilizarlos de manera indistinta. Si bien es cierto lo anterior, prefiere no obstante la utilización de la expresión «jurisdicción constitucional» que se emplea en más de cincuenta ocasiones a lo largo del texto, mientras que la diversa de «justicia constitucional» la utiliza pocas veces y sin que se aprecie aparentemente alguna distinción semántica entre ambas expresiones, aunque prefiere esta última para el título del trabajo de KELSEN y para su propia tesis doctoral<sup>18</sup>, de donde se pudiera inferir alguna precisión conceptual entre ambas.

KELSEN identifica a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, y se refiere a esta dimensión «como un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales»<sup>19</sup>. En el preámbulo de su estudio advierte el objeto del mismo en una doble dirección: por un lado, como cuestión teórica, estudiar la naturaleza jurídica de esa garantía teniendo en consideración el sistema que había ya expuesto en su *Teoría general del Estado* (1925)<sup>20</sup>; por otra, y como cuestión práctica, buscar los mejores medios en su realización, teniendo en cuenta su experiencia como magistrado y ponente permanente (*juge rapporteur*) de la Corte Constitucional de Austria. Su estudio lo divide en cinco partes: I. El problema jurídico de la regularidad; II. La noción de la Constitución; III. Las garantías de la regularidad; IV. Las garantías de la constitucionalidad, y V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

No es el momento de realizar un análisis detallado de cada apartado. Lo que interesa destacar es que su construcción se realiza desde la teoría general del Derecho y en rigor su pretensión se dirige a defender su creación de jurisdicción como órgano concentrado de control constitucional de las leyes. Con esto queremos expresar que en realidad este importante trabajo rebasa el estudio particular de una disciplina en particular, entre ellas la procesal, si bien se advierte un conocimiento de esta materia que no desarrolla por no ser su objetivo, pero sí lo dejan ver en las instituciones que analiza. Especialmente se advierte en el cuarto apartado, relativo a «Las garantías de la constitucionalidad» y par-

---

<sup>17</sup> Ch. EISENMANN estudió con KELSEN y le dirigió su tesis doctoral, convertida en libro con prólogo del propio KELSEN, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928. Existe edición facsimilar (Paris, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986).

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> Utilizamos la traducción española realizada por R. TAMAYO y SALMORÁN, México, UNAM, 2001, p. 9. La versión original de la traducción la realiza en el año de 1974 y aparece en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por D. GARCÍA BELAUNDE, publicada en *Ius et Veritas*, año V, núm. 9, Lima, PUCP, 1994, pp. 17-43. Otra versión es la traducción realizada por J. RUIZ MANERO, que aparece publicada en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155.

<sup>20</sup> La versión original se denomina *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag Von Julius Springer, 1925. Existe traducción al español por L. LEGAZ LACAMBRA, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, con múltiples ediciones en diversas editoriales.

ticularmente en los epígrafes dedicados al resultado y procedimiento del control de constitucionalidad. Así realiza un análisis de los efectos de las sentencias y llama la atención de los «principios esenciales del procedimiento» del control, así como al modo de iniciar el procedimiento. Incluso se pronuncia a favor de un *actio popularis*, aunque reconoce que esa solución entrañaría un «peligro» de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos. Y señala las posibles soluciones «autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan duda sobre su regularidad, interrumpan el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el Tribunal Constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma. Podría también otorgarse ese poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas —ministros y cortes supremas— o incluso, restringirlas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable».

Su postura fue parcialmente aceptada por la reforma de 1929<sup>21</sup>. A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de ese año, el sistema austriaco otorgó legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores, a saber, la Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*) y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Estos dos altos tribunales no contaban con una acción directa, sino vía incidental, derivada de una causa concreta. No deciden sobre el problema constitucional, sino sólo plantean la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, lo que provocó que se subsanara la deficiencia de la creación original de KELSEN, que sólo permitía acciones directas de determinados órganos políticos y que el propio jurista con su experiencia jurisdiccional advirtió.

Esta preocupación de KELSEN sobre aspectos procesales seguramente proviene de su experiencia como magistrado del Tribunal Constitucional. En otro apartado de su trascendental trabajo de 1928, también consideró oportuno «acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al Tribunal Constitucional, a una *actio popularis* y así permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas —resoluciones judiciales o actos administrativos— en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un Derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional, ya que se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación».

Sus preocupaciones sobre aspectos eminentemente procesales también se advierten en su propuesta para crear «un defensor de la Constitución ante el

---

<sup>21</sup> Sobre esta reforma de 1929, *vid.* P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 266-269. La primera reforma constitucional sucedió en 1925, al introducirse una «consulta previa de competencia» que se dirigía a la Corte Constitucional por la Federación o los *länder* acerca de la titularidad de una determinada competencia. La respuesta dada por dicha Corte podía integrar la constitución (interpretación auténtica). *Cfr. ibid.*, pp. 265-266.

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

Tribunal Constitucional que, a semejanza del ministerio público en el procedimiento penal, iniciara de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares». O bien la posibilidad de que el Tribunal Constitucional iniciara de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tenga dudas.

Donde mayor vinculación existe con la materia propiamente procesal es cuando se refiere a la utilidad de ciertos principios como el de «publicidad» y «oralidad» que los considera indispensables en el procedimiento ante el Tribunal. Al respecto considera recomendable «que de una manera general se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de estricto Derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o que deben presentar— al Tribunal. Los asuntos que conoce el Tribunal Constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del Colegio de jueces no debería ser también en audiencia pública». Es curiosa esta última parte, ya que si bien los Tribunales Constitucionales y en general los órganos jurisdiccionales deliberan a puerta cerrada y algunos aceptan audiencias públicas de alegatos, recientemente la Suprema Corte mexicana en su carácter material de Tribunal Constitucional inició la deliberación pública de los asuntos (2005), cuya conveniencia la había advertido KELSEN desde entonces, teniendo en cuenta el principio de la publicidad del proceso.

Otro aspecto de relevancia procesal en la que se detiene KELSEN se vincula a las partes que intervienen en el procedimiento. Considera que deben tener acceso de control: «la autoridad cuyo acto es atacado para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el Tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control o el particular que tenga Derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del Tribunal Constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en Derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatoria la procuración de abogado en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio».

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

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

Ahora bien, la importancia del presente estudio no sólo radica en sentar las bases de los estudios dogmáticos sobre los Tribunales Constitucionales, sino también por la repercusión teórica y práctica derivada de la polémica sostenida con C. SCHMITT sobre quién debería ser el defensor de la Constitución. Cuatro años antes del estudio de KELSEN de 1928, SCHMITT había presentado en el Congreso de Profesores de Derecho Público realizado en Jena en 1924 su postura<sup>22</sup>, que luego retoma en un ensayo publicado en 1929<sup>23</sup> y que «elaborado y ampliado» aparece como libro en 1931: *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*<sup>24</sup>, a manera de réplica a KELSEN. Como bien se sabe, KELSEN postulaba la necesidad de controlar el ejercicio del poder mediante un órgano jurisdiccional independiente de los tres poderes tradicionales, mientras que SCHMITT se inclinaba por una tesis decisionista justificando que el defensor de la Constitución debería radicar en el titular del poder político, en el presidente del Reich, utilizando para ello la teoría política del poder neutral (*pouvoir neutre*) originaria de B. CONSTANT<sup>25</sup>. En el fondo la cuestión se resumía en una contraposición ideológica entre Derecho y poder, en la contraposición del normativismo contra el decisionismo<sup>26</sup>.

Unos meses después del libro de SCHMITT (1931) aparece la contestación de KELSEN en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*<sup>27</sup>, defendiendo su postura teórica sobre el control jurisdiccional de la Constitución. Considera que nadie puede ser juez y parte de su propia causa y que por ello quien realiza el control de constitucionalidad debería ser un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado, cuya naturaleza no es política sino semejante a la de

---

<sup>22</sup> Este congreso se realizó en Jena en 1924. La ponencia de SCHMITT la denomina «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung». Cfr. el estudio preliminar de G. GASÍO en la obra de KELSEN *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de R. J. BRIE, supervisión técnica de E. BULYGIN, Madrid, Tecnos, 1995, p. IX.

<sup>23</sup> «Der Hütter der Verfassung», en *Beiträge zum öffentlichen recht der Gegenwart*, núm. 1, Tubing, 1931; referencia de P. DE VEGA, en el «prólogo» a la obra de C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 11. Sobre este trabajo, vid. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994 (3.ª reimpresión de la 3.ª ed. de 1983), pp. 159-163.

<sup>24</sup> *Der Hüter der Verfassung. Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*. Traducida al español por M. SÁNCHEZ SARTO, Madrid, Labor, 1931. Nosotros consultamos la 2.ª ed., con prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1998.

<sup>25</sup> Sobre la polémica, vid. el trabajo de C. M. HERRERA, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

<sup>26</sup> Cfr. L. CORDOVA VIANELLO, «La contraposición entre Derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, núm. 15, 2005, pp. 47-68.

<sup>27</sup> «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?», en *Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechtswesens*, t. 6, Berlín, 1931, pp. 576-828; aparecido también como folleto editado por Grünewald W. Rothschild, Berlín, 1931; citado por G. GASÍO en el «Estudio preliminar» a la obra de KELSEN, op. cit., p. X, nota 3.

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

los demás órganos jurisdiccionales. Su distinción radica en cuanto a que mientras el Tribunal Constitucional anula normas actuando como «legislador negativo», los demás tribunales dirimen controversias específicas. Critica la postura de SCHMITT, que concibe al parlamento como el único órgano que tiene las atribuciones de crear Derecho, y especialmente KELSEN dirige sus argumentos en el carácter ideológico del planteamiento de SCHMITT al señalar que: «La confusión entre *Ciencia y Política*, hoy tan apreciada, es el típico *método de las modernas formas ideológicas*»<sup>28</sup>.

La importancia del pensamiento de KELSEN<sup>29</sup>, después de la polémica con SCHMITT y una vez concluida la segunda guerra mundial, adquiere dimensiones trascendentales en la concepción e interpretación del Derecho<sup>30</sup>, en las nuevas constituciones democráticas y particularmente con la creación de los Tribunales Constitucionales. Y es ahí donde su concepción sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución a través de un órgano independiente de las tres funciones tradicionales del estado adquiere fuerza y repercute en todas las ramas del Derecho. Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, la justicia constitucional se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano y se centra en la cuestión fundamental de reconocer a la constitución el carácter de norma jurídica<sup>31</sup>.

Por tanto, debemos preguntarnos nuevamente, ¿es KELSEN el fundador conceptual del Derecho procesal constitucional? Como hemos visto, el pensamiento del fundador de la Teoría Pura del Derecho impactó en la concepción misma del Derecho. Su estudio de 1928 puede ser analizado desde varias disciplinas jurídicas, especialmente por el Derecho constitucional y la filosofía del Derecho. Si bien ese estudio se refiere específicamente a los instrumentos técnicos jurídicos de la defensa constitucional, lo cierto es que también se encuentra en un plano superior y general de las disciplinas jurídicas. No puede considerarse que sea un ensayo desde la dogmática procesal, ya que sus planteamientos rebasan de suyo esta dimensión y se ubican en un plano de la teoría general del Derecho. Es por ello que pensamos que este estudio constituye no el «nacimiento de la disciplina científica» sino el «origen» de lo que vendría después. Representa el cimiento dogmático sobre el cual se fue construyendo el Derecho procesal constitucional desde la corriente del procesalismo científico de la época. Y por ello tiene razón FIX-ZAMUDIO cuando advierte, siguiendo a su maestro, que «el comienzo de la Ciencia del Derecho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928»<sup>32</sup>, no porque fuera el fundador como lo advierten estos dos juristas, sino fundamentalmente por iniciar una nueva concepción dogmática en el estudio

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

<sup>29</sup> El pensamiento de KELSEN se refleja en múltiples facetas y disciplinas. *Vid.* estos variados enfoques en Ó. CORREAS (comp.), *El otro Kelsen*, 2.<sup>a</sup> ed., México, UNAM-Ediciones Coyoacán, 2003.

<sup>30</sup> Para una comprensión de la interpretación jurídica a la luz del positivismo kelseniano, *vid.* los interesantes estudios de U. SCHMILL ORDÓÑEZ y J. R. COSSÍO DÍAZ, «Interpretación del Derecho y concepciones del mundo» y de R. TAMAYO Y SALMORÁN, «La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)», ambos aparecen en E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I, pp. 1053-1080 y 1157-1198, respectivamente.

<sup>31</sup> *Cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>32</sup> *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, 1955, *op. cit.*, p. 62; «El Derecho procesal constitucional», 1956, *op. cit.*, p. 12302.

de la jurisdicción constitucional y por las repercusiones que causó, sirviendo de soporte para la corriente del procesalismo científico.

En efecto, el pensamiento kelseniano impactó en las nuevas constituciones democráticas y en la creación de los Tribunales Constitucionales en su dimensión de órganos jurisdiccionales (si bien con atribuciones y dimensiones políticas). Esta construcción dogmática que impactó en instituciones procesales previstas en las nuevas constituciones, fue advertida por otra corriente que se abría paso en los mismos tiempos: la del procesalismo científico. Con base en aquel estudio pionero de KELSEN y la tendencia del constitucionalismo del momento, se inicia el encuadramiento del fenómeno a la luz del procesalismo científico, apareciendo las aportaciones de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, COUTURE, CALAMANDREI, CAPPELLETTI y FIX-ZAMUDIO, cuyas contribuciones dogmáticas sucesivas y conjuntas le otorgaron la configuración científica al Derecho procesal constitucional.

En general, la construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los precedentes e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio ALCALÁ-ZAMORA así lo advierte para la evolución de la doctrina procesal. Reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí<sup>33</sup>. Y es por ello que consideramos de mayor provecho ubicar el periodo histórico en el cual surge la disciplina del Derecho procesal constitucional, destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

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

*Precursora (1928-1942)*. Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con C. SCHMITT sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio KELSEN publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaca y norteamericana (1942)<sup>34</sup>, que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

*Descubrimiento procesal (1944-1947)*. El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina al titular su obra *Estudios de Derecho pro-*

<sup>33</sup> Cfr. «Evolución de la doctrina procesal», *op. cit.*, p. 293.

<sup>34</sup> H. KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200. Existe traducción al español por D. GARCÍA BELAUNDE, «El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana», en *Ius et Veritas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año VI, núm. 6, 1993, pp. 81-90. Esta última traducción se reproduce en Argentina con nota introductoria de G. J. BIDART CAMPOS, en *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, núm. 8.435, 14 de febrero de 1994, pp. 1-5; así como en España, con nota introductoria de F. FERNÁNDEZ SEGADO, en *Direito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 213-231.

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

*cesal (civil, penal y constitucional)* en 1944; y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del Derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945). Y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* en 1947.

*Desarrollo dogmático procesal (1946-55)*. Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955). COUTURE inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión «garantía» como sinónimo de Derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. CALAMANDREI estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. CAPPELLETTI agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina «jurisdicción constitucional de la libertad» que con el paso del tiempo se ha aceptado y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

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

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado «al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico» y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano H. FIX-ZAMUDIO, que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de KELSEN de 1928, así como las aproximaciones científicas de CALAMANDREI, COUTURE y CAPPELLETTI, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del Derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del Derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en Derecho (1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

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

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

No se puede dudar de la aportación kelseniana al sentar las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de la constitucionalidad, así como la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del Derecho en general y particularmente en el desarrollo del Derecho constitucional. Sus aportaciones a la teoría general del Derecho fueron de tal magnitud que influyeron en toda la concepción del Derecho y de sus ramas. Es el precursor del Derecho procesal constitucional, al establecer los cimientos de lo que vendría después: la acogida de su postulado en el seno mismo del procesalismo científico. KELSEN sembró la semilla. ALCALÁ-ZAMORA descubre el pequeño retoño. COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI hacen que broten sus primeras ramas. FIX-ZAMUDIO le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen.

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

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

De lo anterior se sigue que a pesar de las notables aportaciones de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, ninguno advirtió la existencia de la «nueva rama procesal», como sí lo hicieron ALCALÁ-ZAMORA y FIX-ZAMUDIO. Maestro y discípulo deben ser considerados como los fundadores del Derecho procesal constitucional entendido como disciplina autónoma procesal, si bien el primero en su dimensión «nominal o formal» (siguiendo la tesis de GARCÍA BELAUNDE) y el segundo en su aspecto «conceptual o material». Uno «descubrió» la existencia de la disciplina científica y el otro le otorga «contenido sistemático», con la intención manifiesta de definir su naturaleza y perfil como rama autónoma procesal.

FIX-ZAMUDIO es el primer jurista que define al Derecho procesal constitucional como: «la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitu-

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

ción, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales»<sup>35</sup>. Si bien podría discutirse si esa concepción comprende el contenido integral de la disciplina, lo cierto es que representa la primera definición a manera de aproximación científica y en la cual se incorpora como objeto de estudio de la misma a las «garantías constitucionales» que hoy en día es indiscutible que son parte esencial de su contenido. Como veremos en el epígrafe especial dedicado a esta sistematización científica de FIX-ZAMUDIO, el jurista mexicano realiza un estudio pormenorizado de lo que debemos entender por «garantía» en su concepción contemporánea. Si bien bajo otra óptica existen desarrollos contemporáneos de gran calado como la corriente del «garantismo» realizada por L. FERRAJOLI<sup>36</sup>, que como acertadamente expresan M. CARBONELL y P. SALAZAR ha producido todo un movimiento intelectual generando adhesiones y reacciones no sólo entre los penalistas, sino también por los filósofos del Derecho y constitucionalistas contemporáneos<sup>37</sup>.

Como bien señala GARCÍA BELAUNDE en su sugerente tesis, «para hablar de un fundador del Derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el Derecho procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido»<sup>38</sup>. Y eso es precisamente lo que hicieron maestro y discípulo. ALCALÁ-ZAMORA le otorga *nomen iuris* al advertir su existencia (1944-1947) y FIX-ZAMUDIO desarrolla el descubrimiento de su maestro, al precisar su naturaleza y definir su configuración científica (1955-1956). Ambos lo hacen de manera consciente pensando en la «disciplina científica» como «rama procesal». Por supuesto que el jurista mexicano sistematiza la disciplina a partir del hallazgo de su maestro, de las bases teóricas de KELSEN y en la misma sintonía de la corriente del procesalismo científico que se había acercado al fenómeno constitucional (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI).

COUTURE, por una parte, utiliza la expresión desde 1948 en su clásico *Estudios de Derecho procesal civil*. La «Parte primera» y «Parte tercera» del tomo I llevan los títulos: «Tutela constitucional de la justicia» y «Casos de Derecho procesal constitucional». Si nos detenemos en la lectura de su contenido, se advierte que en realidad se refiere, en términos generales, a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido proceso, lo que ocasionó una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. Esta es una aportación fundamental dentro del procesalismo

<sup>35</sup> H. FIX-ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (tesis de licenciatura), 1955, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>36</sup> Especialmente su magistral obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Asimismo, sobre la concepción de «garantía» de este autor, *vid.* su importante obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 25. En general, sobre la corriente garantista que propone este autor, *vid.* M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

<sup>37</sup> «Presentación. Luiji Ferrajoli y la modernidad jurídica», *op. ult. cit.*, pp. 11-12.

<sup>38</sup> D. GARCÍA BELAUNDE, «Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho procesal constitucional», *op. cit.*, p. 142.

contemporáneo, que llevó años más tarde a que el propio FIX-ZAMUDIO lo considerara como el fundador de una disciplina limítrofe que denominó «Derecho constitucional procesal», perteneciente a la ciencia constitucional<sup>39</sup>, materia a la cual nos hemos referido y a la que regresaremos al analizar esta aportación por el jurista uruguayo. Esa es una de las aportaciones más significativas de COUTURE al procesalismo científico, al guiar lo que hoy se ha consolidado como las garantías constitucionales del proceso. Sin embargo, no se advierte que el jurista uruguayo tuviera la intención de otorgarle al Derecho procesal constitucional la connotación que luego adquirió ni mucho menos que quisiera sistematizarla como «disciplina procesal».

Tampoco se aprecia esa intención en CALAMANDREI o en su discípulo CAPPELLETTI. Ambos con importantes contribuciones al contenido de la disciplina, pero sin el afán de su configuración científica. Las aportaciones del profesor florentino se advierten en la influencia que tuvo para la consagración de la Corte Constitucional en la Constitución italiana de 1947 y especialmente por la redacción de importantes ensayos entre 1950 y 1956 (año de su sensible pérdida), como son: «L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile» (1950), «La Corte costituzionale e il processo civile» (1951), «Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria» (1956) y «La prima sentenza della Corte costituzionale» (1956), entre otros. Estos trabajos resultan relevantes para el estudio dogmático del proceso constitucional. Aproximan el enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional, que pareciera luego abandonarse y reconducirse por el enfoque constitucionalista, especialmente a partir de la entrada en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* en 1956. Una de las principales aportaciones del maestro florentino es la clásica caracterización de los dos sistemas de control constitucionales: el difuso como «incidental, especial y declarativo» y el concentrado como «principal, general y constitutivo», distinción que si bien debe matizarse en la actualidad, sigue siendo el punto de partida para cualquier reflexión sobre el particular<sup>40</sup>. Sin embargo, el maestro de Florencia, a pesar de esta notable aportación y de un detenido análisis en los efectos de las sentencias constitucionales, no visualizó la nueva parcela jurídico-procesal como «disciplina científica», por lo que nunca utilizó la expresión ni pudo entonces realizar una aproximación sistemática de la misma, si bien contribuyó notablemente en su contenido.

Asimismo, CAPPELLETTI tuvo un primer acercamiento al haber publicado con tan sólo veintiocho años de edad (1955) su primera obra: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*<sup>41</sup>, que seis años más tarde tradujera FIX-ZAMUDIO al español: *La Jurisdicción constitucional de la Libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*<sup>42</sup>. Esta obra representa un riguroso estudio de corte comparativo relativo al análisis sistemá-

<sup>39</sup> Cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Reflexiones sobre el Derecho constitucional procesal mexicano», en *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.

<sup>40</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por S. SENTÍS MELENDO, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil», en sus ensayos reunidos *Instituciones de Derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

<sup>41</sup> Milano, Giuffrè, 1955.

<sup>42</sup> México, UNAM, 1961.

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

tico de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por FIX-ZAMUDIO y la considera como uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión «orgánica» y la «transnacional» que tanto estudió e impulsó el profesor CAPPELLETTI en sus estudios comparatistas a nivel mundial<sup>43</sup>. En los años siguientes aparecieron varias publicaciones trascendentes a través de la vinculación del proceso y la constitución, como se advierte de su obra *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (1957), así como la voz «Amparo» (1958) en la *Enciclopedia del Diritto*<sup>44</sup>, y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México por el propio FIX-ZAMUDIO<sup>45</sup>.

Sin embargo, las colaboraciones de COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI sólo encuentran sentido con el trabajo de cimentación teórica de KELSEN a manera de «precursor» de la disciplina científica procesal, en la medida en que inició los estudios dogmáticos en la salvaguarda de la Constitución. FIX-ZAMUDIO ha considerado el ensayo de 1928 de KELSEN como la obra fundacional del Derecho procesal constitucional, como lo fue el tratado de O. BÜLOW sobre *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales* (1968), para el Derecho procesal civil y podríamos decir de algún modo la obra de GERBER sobre los *Fundamentos de un sistema del Derecho político alemán* (1965) para el Derecho público y especialmente para el Derecho constitucional. Sin embargo, estos estudios marcaron el inicio de una nueva concepción dogmática y especialmente repercutieron para que después se llegara a la autonomía científica de sus diversas disciplinas. Así sucedió con el Derecho procesal y el Derecho constitucional, que alcanzaron tal carácter hasta el siglo xx. De la misma manera puede decirse del Derecho procesal constitucional. El estudio del fundador de la escuela de Viena repercutió con posterioridad en la dogmática procesal. Resultó fundamental para que se iniciara el análisis dogmático de las categorías procesales en sede constitucional y de los instrumentos procesales de control constitucional (COUTURE, CALAMANDREI y CAPPELLETTI, 1946-1956) y para visualizar la existencia de una nueva disciplina procesal en su estudio (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1944-1947), hasta otorgarle su configuración científica (FIX-ZAMUDIO, 1955-1956).

Los estudios de cimentación teórica de GERBER (1865), BULLOW (1868) y KELSEN (1928), marcan el comienzo de la etapa científica del Derecho constitucional, Derecho procesal y Derecho procesal constitucional. Etapa científica que paulatinamente fue consolidándose con otros estudios posteriores teniendo en cuenta aquellos trabajos pioneros. Para el Derecho constitucional (y en general para las ramas del Derecho público) se han considerado fundamentales las obras de

---

<sup>43</sup> A los tres sectores señalados, nosotros hemos agregado un cuarto que denominamos «Derecho procesal constitucional local», entendido como aquel que estudia los distintos instrumentos encaminados a la protección de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados (en los regímenes federales), provincias o comunidades autónomas. Cfr. E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 53-54; asimismo, «Hacia un Derecho procesal constitucional local en México», en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

<sup>44</sup> Editada por Dott. Antonino Giuffrè, t. I, 1958.

<sup>45</sup> «Voz Amparo», trad. de H. FIX-ZAMUDIO en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, septiembre-diciembre de 1958, núm. 33, pp. 63-66.

V. É. ORLANDO, *Los criterios técnicos para la reconstrucción del Derecho público* (1885) y *Principii di diritto costituzionale* (1889), así como la obra de G. JELLINEK, *Teoría general del Estado* (1900), siguiendo construyendo la dogmática jurídica constitucional discípulos de ORLANDO, como S. ROMANO y la escuela italiana; contribuyendo notablemente la escuela francesa de Derecho constitucional, con autores como M. HAURIOU, R. CARRÉ DE MALBERG, L. DUGUIT, M. DUVERGER, entre muchos otros. Mientras para el desarrollo del procesalismo científico son fundamentales las obras y polémicas sobre la acción procesal de WINDSCHEID-MUTHER (1956-1957), anterior a la obra de BÜLOW, las aportaciones científicas de KOHLER: *El proceso como relación jurídica* (1988) y de WACH: *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del Derecho*, hasta la famosa prolucción de G. CHIOVENDA (1903) sobre *La acción en el sistema de los derechos*, donde perfila los conceptos fundamentales de la ciencia procesal. De ahí seguirían construyendo la disciplina muchos otros como sus discípulos P. CALAMANDREI y F. CARNELUTTI o en América R. PODETTI y E. J. COUTURE.

Así puede también considerarse en el Derecho procesal constitucional. El estudio precursor lo es el multicitado de KELSEN sobre las garantías jurisdiccionales de la constitución de 1928. No sólo por sentar las bases teóricas sobre la jurisdicción constitucional como órgano concentrado, sino por la repercusión que provocó su estudio dogmático derivada de la polémica con C. SCHMITT sobre el guardián de la Constitución (1931), que llevó al establecimiento y consolidación paulatina de los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. Y a partir de ahí siguieron obras que continuaron en su desarrollo desde la dogmática procesal, como se advierte de las publicaciones de COUTURE, «Las garantías constitucionales del proceso civil» (1946); de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947); de CALAMANDREI, «L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile» (1950), y CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale* (1955); hasta llegar al primer estudio sistemático del Derecho procesal constitucional como ciencia, emprendido por FIX-ZAMUDIO: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* (1955). Este ensayo no sólo se limita al análisis de las garantías en México, como pudiera inferirse del título, sino que establece un marco teórico conceptual y sistemático de la disciplina jurídica, a manera de último eslabón en su configuración científica. Es por ello que debe considerarse al jurista mexicano como «fundador conceptual» de la ciencia del Derecho procesal constitucional, en el entendido de que la «ciencia» se va construyendo a través del pensamiento concatenado de todos estos juristas.

#### 4. CONCLUSIONES

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

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

B) La «tesis García Belaunde» representa una aportación trascendental para comprender su origen científico y para distinguir entre el precursor trabajo

#### IV. ¿ES KELSEN EL FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

de KELSEN (1928), respecto del descubrimiento de la disciplina procesal como tal, que como bien lo apunta sucedió con N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1944-1947), por lo que debemos considerarlo como «fundador nominal».

C) Sin embargo, las contribuciones de ALCALÁ-ZAMORA se limitaron a su descubrimiento y a otorgarle el *nomen iuris*, por lo que utilizando la misma lógica debe reconocerse a H. FIX-ZAMUDIO (1955-1956) como su «fundador conceptual» al haber realizado la primera aproximación sistemática desde la perspectiva de una nueva rama del Derecho procesal. En esa concepción sistemática resultaron fundamentales el estudio precursor de KELSEN (1928) y su polémica con SCHMITT (1931); el hallazgo de ALCALÁ-ZAMORA (1944-1947) y las contribuciones emprendidas desde el mejor procesalismo científico de la época, relativas al estudio de categorías procesales vinculadas con la constitución de COUTURE (1946-1948), así como las referidas al análisis más cercano de la jurisdicción y de los instrumentos procesales de protección constitucionales de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELETTI (1955).

D) Por tanto, sin negar sus invaluable aportaciones que impactaron en la teoría general del Derecho, debe considerarse a KELSEN como «precursor» de la disciplina científica del Derecho procesal constitucional, al haber sentado las bases dogmáticas del estudio de los instrumentos jurisdiccionales de la defensa de la Constitución. Especialmente a través de su ensayo de 1928, y ahí es donde debemos ubicar el inicio de la etapa científica de la disciplina, que fue acogida más adelante por el procesalismo científico de la época como basamento de su desarrollo dogmático, hasta su configuración sistemática como disciplina autónoma de naturaleza procesal que realiza FIX-ZAMUDIO en 1955-1956.

E) La construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías, como lo señaló el propio ALCALÁ-ZAMORA para la evolución de la doctrina procesal. Así, puede ubicarse el periodo histórico en el cual surge la disciplina del Derecho procesal constitucional (en su caracterización científica), destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

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

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

II. *Descubrimiento procesal (1944-1947)*. El procesalista español N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación.

III. *Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)*. Etapa en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el periodo

del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por COUTURE (1946-1948) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de CALAMANDREI (1950-1956) y CAPPELLETTI (1955).

IV. *Definición conceptual y sistemática (1955-1956)*. El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza FIX-ZAMUDIO en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956). Esta verdadera «joya» de la ciencia del Derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico. En otras palabras, constituye el primer ensayo cuyo objeto de análisis es la «disciplina científica» como tal y no algunos aspectos aislados de su contenido.