

Crítica a los paradigmas clásicos de reconocimiento de la Justicia Constitucional

RENATO GUGLIANO HERANI

Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Ciências de Lisboa (Portugal).
Doutor em Direito (PUC-SP). Mestre em Direito (PUC-SP). Especialização em Direito Constitucional (ESDC). Professor de Direito Constitucional nos Programas de Mestrado e Doutorado (FADISP).

Artigo recebido em 27/6/2018 e aprovado em 7/2/2019.

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Paradigmas dicotómicos • 3 Dimensiones de los sofismas • 4 Justicia constitucional como objeto de comparación • 5 Parámetros metodológicos de la comparación • 6 Doble perspectiva del objeto comparado • 7 Sistemas concretos latinoamericanos • 8 Conclusión • 9 Referencias.*

RESUMEN: En este trabajo, hacemos una crítica al discurso dicotómico estadounidense-continental europeo cuando se trata de identificar las experiencias jurisdiccionales constitucionales. El derecho comparado fue determinante para la superación de este discurso dicotómico. Este estudio procura entender cómo el derecho comparado ha mostrado, por su método y paradigmas, la necesidad de abandonar una clasificación de la Justicia Constitucional con base en los modelos clásicos, especialmente en relación a los sistemas latinoamericanos de jurisdicción constitucional. El artículo empieza con la discusión sobre el mito y sofismas del modelismo americano y europeo como criterio de explicación de todos los sistemas de jurisdicción constitucional. El resultado es la evidencia de que el derecho comparado es indispensable para la comprensión de la Justicia Constitucional en América Latina y, del mismo modo, para la teoría procesal constitucional.

PALABRAS CLAVE: Constitucional • Comparación • Jurisdicción • Modelos • Sistemas.

Criticism of the traditional paradigms of acknowledging of Constitutional Justice

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Paradigms dichotomies • 3 Dimensions of fallacies • 4 Constitutional Justice as an object of comparison • 5 Methodological standards of comparison • 6 Double perspective of the compared object • 7 Latin American concretize systems • 8 Conclusion • 9 References.*

ABSTRACT: This article offers a critique of the dichotomous North American-continental European discourse when it comes to recognizing the constitutional jurisdictional experiences. The comparative law has been crucial to overcoming this dichotomous discourse. The purpose of this article is to understand how the comparative law has proven, by its methods and paradigms, the need to abandon the classification the la Constitutional Justice based on classic models, especially when applied to Latin American systems of constitutional jurisdiction. The study starts with a discussion about the myth and the sophisms of the classics models to explain all systems of constitutional jurisdiction. The result is the evidence that comparative law is indispensable for the studies of the Constitutional Justice and the theory of constitutional procedural law.

KEYWORDS: Constitutional • Comparative • Jurisdiction • Models • Systems.

Crítica dos paradigmas clássicos de reconhecimento da Justiça Constitucional

SUMÁRIO: *1 Introdução • 2 Paradigmas dicotômicos • 3 Dimensões dos sofismas • 4 Justiça constitucional como objeto de comparação • 5 Parâmetros metodológicos da comparação • 6 Dupla perspectiva do objeto comparado • 7 Sistemas concretos latino-americanos • 8 Conclusão • 9 Referências.*

RESUMO: Neste trabalho, fazemos uma crítica ao discurso dicotômico estadunidense-continental europeu quando se trata de identificar as experiências jurisdicionais constitucionais. O direito comparado foi determinante para a superação deste discurso dicotômico. Este estudo procura entender como o direito comparado tem mostrado, por seu método e paradigmas, a necessidade de abandonar uma classificação da Justiça Constitucional com base nos modelos clássicos, especialmente em relação aos sistemas latino-americanos de jurisdição constitucional. O artigo se inicia com a discussão sobre o mito e os sofismas do modelo americano e europeu como critério de explicação de todos os sistemas de jurisdição constitucional. O resultado é a evidência de que o direito comparado é indispensável para a compreensão da Justiça Constitucional na América Latina e de mesmo modo para a teoria processual constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional • Comparação • Jurisdição • Modelos • Sistemas.

1 Introducción

Es comúnmente aceptable en la literatura general el poder paradigmático de los modelos clásicos de la Justicia Constitucional (el americano desencadenado por la lección de *Marshall* en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, y el europeo, diseñado por los ideales kelsenianos) para explicar cómo funciona y se estructura esta institución en todo el mundo. Contrariamente a esta idea, no faltan construcciones doctrinales para señalar o la contención o la superación de aquella fuerza paradigmática, pues de todos los sistemas concretamente existentes, ninguno responde fielmente a los modelos clásicos.

En este último sentido, el estudio de Lucio Pegoraro (2015, p. 13), titulado *Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi*, recupera la idea generalizada sobre los modelos clásicos de Justicia Constitucional y al respecto señala que, si bien se han convertido en paradigmas para muchos Estados en el siglo 20, en la actualidad esta concepción es más “un mito que no resiste a un análisis corrosivo de la observación empírica”. Justifica tal crítica en la extraordinaria variedad de ordenamientos jurídicos, causa de la emancipación en términos doctrinales de los modelos clásicos y, de esa manera, de la reconstrucción de una nueva tipología de Justicia Constitucional, más acorde con lo que ocurre en la práctica en las diversas democracias mundiales.

En otro estudio, denominado “Para acabar con los ‘modelos’ de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica”, Guillaume Tusseau (2014, p. 21), profundizando en este debate, trae la idea de una *modelística* desarrollada por una doctrina sobre la circulación/recepción de los modelos clásicos de Justicia Constitucional por los países. Concluye también que, desde un punto de vista científico, el análisis comparativo del derecho positivo de diferentes Estados pone seriamente en duda aquella visión paradigmática de los modelos clásicos, por la evidencia de su inadecuación para describir la experiencia de jurisdicción constitucional.

La alusión a tales obras, que dígase, está en línea con otros estudios, tiene el propósito de insertar este artículo dentro de la llamada “doctrina sobre los modelos de Justicia Constitucional”. Por lo que ofrece, ésta nos permite aquí enfatizar la necesidad de repensar las bases epistemológicas del proceso constitucional a partir de la organización, estructura y funcionalidad de la Justicia Constitucional, eso con el apoyo indispensable, y cada vez mayor, del *derecho comparado*; a propósito, aún incipiente en Brasil, pero “necesario a toda ciencia y a toda cultura jurídica” (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 2).

Hablar de análisis comparativo de la Justicia Constitucional es oportuno para las pretensiones contemporáneas de los Estados constitucionales, que, por ser así, no pueden ser complacientes con una visión demasiado contemplativa de aquellos modelos clásicos, cuando se trata de la protección de la Constitución. Eso es porque una visión así trae, en términos prácticos, más problemas que soluciones al ya difícil debate sobre el mejor modelo institucional y funcional para la Justicia Constitucional en un Estado democrático.

Utilizar los modelos clásicos como referencia de análisis requiere prudencia. Al mismo tiempo que el demasiado apego al análisis dicotómico (o sea, basado en la “contraposición bipolar” entre el modelo americano y el modelo europeo) puede eclipsar la singularidad de los rasgos que bien pueden inspirar, más allá de los aspectos jurisdiccionales constitucionales, profundas reformas de Estado, rechazarlo por completo implica de manera perjudicial encubrir un hecho real, que es la *vis attractiva*¹ de los modelos clásicos de la Justicia Constitucional a partir de la mitad del siglo pasado.

Esa discusión trae dudas sobre lo que se entiende por sistemas mixtos de Justicia Constitucional, así lo señala Elival da Silva Ramos (2005, p. 160): “conforman, ellos mismos, sistemas-tipo singulares o, mediante agrupamiento, la expresión de nuevos sistemas ideales o, incluso, si, de hecho, no son más que variantes de uno de los dos principales sistemas-estándar”.

Es particularmente oportuno ese debate sobre la idealización de la Justicia Constitucional en el momento actual en que Brasil, con su sistema mixto, muestra, cada vez más, el agotamiento funcional y estructural de un Supremo Tribunal Federal que acumula atribuciones propias de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional.

En este problematizado contexto, el propósito de este estudio no es propiamente recuperar fórmulas tipológicas entre los más diversos modos de organizar los sistemas de guarda de la Constitución, como muy bien hacen los estudiosos mencionados anteriormente. Antes, reconocerlas por su eficiencia es la suposición de la que sacamos la inequívoca premisa de lo que ocurre en el mundo: el polimorfismo contemporáneo de la Justicia Constitucional.

Bajo esta certeza justificada, la hipótesis que pretendemos exponer es la de que los numerosos elementos o criterios procesales constitucionales (tales como la titularidad y la estructura de los organismos de defensa de la Constitución, la

1 Fuerza atractiva (traducción nuestra).

competencia y los bienes a proteger, los medios de acceso, la definición del parámetro y del objeto de control, las tipologías decisorias, el valor vinculante de las decisiones constitucionales) que dimensionan la variación orgánico-institucional de la Justicia Constitucional en el mundo no dejan duda de que un *constitucionalismo de formas tanto más adversas cuanto más alternativas viables a la realidad de cada ordenamiento jurídico condiciona* la efectiva concretización de las Constituciones.

La investigación bajo ese enfoque permite proyectar la tesis de que los sistemas de Justicia Constitucional no son submodelos de los modelos clásicos, sino antes soluciones que, aunque a veces de inspiraciones que remiten a esos últimos, nos ofrecen modelos autónomos y de gran originalidad.

Parece una afirmación evidente, dados los supuestos ya conocidos, pero no es de deducción inmediata y serena cuando se piensa en los caminos (método) de su justificación. El objetivo aquí es justamente explicitarlos y, para ello, hay que recuperar el método comparado en el punto en que es aplicado en la reformulación del modo como se reconoce la Justicia Constitucional entre los países.

La referencia a *submodelos* se conecta al modo como es clasificada la Justicia Constitucional según el parámetro del modelo dicotómico, o sea, según los criterios contrapuestos abstraídos de los modelos clásicos. Su transformación en *modelos* es el efecto metodológico que aquí se estudia en el que los singulares sistemas de Justicia Constitucional se emancipan indistintamente de los modelos clásicos para ser reconocidos como auténticos *modelos complejos*, al modo de un fuerte fenómeno de mestizaje y de ampliación del entendimiento de la experiencia jurisdiccional constitucional más allá de la visión estricta de la técnica del control de constitucionalidad.

En estos términos, la discusión que ahora planteamos, sin evidentemente agotar todas sus implicaciones, retoma, de inicio, las razones del debilitamiento del modelismo dicotómico cuando se trata de la comparación de la Justicia Constitucional, y, finalmente, esa condición es confirmada en el contexto latinoamericano. Extremos de un estudio que tiene aún en su desarrollo su punto alto, por el mensaje que se propone a partir de él, o sea, el enaltecimiento del derecho comparado, por su método y paradigmas aquí brevemente estudiados, y sus fructíferos resultados para la transposición de los *submodelos a los modelos concretos de Justicia Constitucional*.

2 Paradigmas dicotómicos

Los modelos clásicos, aunque sean ingenierías constitucionales destinadas al mismo fin (tutela jurisdiccional de los textos fundamentales para hacer realidad

el proyecto social, los valores y los principios por ellos enunciados), se distinguen esencialmente por formas antagónicas, bien señaladas por Piero Calamandrei (1968, p. 350) como “*binomios contrapuestos*”. La distinción más importante, a la que nos acostumbramos, está en el modo de practicar la técnica comúnmente asociada a la génesis de la garantía de la supremacía de la Constitución – el control de constitucionalidad. O toma la forma concentrada en un Tribunal *ad hoc* fuera de la jurisdicción ordinaria (dualismo), o toma la forma difusa desde los jueces ordinarios hasta las Cortes de Casación (monista). Bajo esa antinomia (difuso-concentrado), las experiencias de la posguerra son descritas por “sistemas de características contrapuestas” (NAVAS, 2011, p. 29), formando modelos de yuxtaposición.

Es, sin duda, un modo de explicitar la difusión de la Justicia Constitucional, pero transmite la idea de imitaciones aculturales por formas prestadas en perjuicio de la realidad de cada ordenamiento jurídico. Es en ese sentido que se alude a una lectura por submodelos o prototipos, constituidos, en mayor o menor medida, por la suma o repetición de elementos esenciales de los modelos clásicos. Fue, así, centrada excesivamente en un criterio único de diferenciación (en el control de constitucionalidad) que la visión dicotómica de organización de la Justicia Constitucional prevaleció durante gran parte del siglo pasado.

Confirman esta perspectiva algunos vetustos criterios de clasificación, como señala Fernández Segado (2004, p. 131), refiriéndose, por ejemplo, a Antonio Baldessarre, con su división entre *giurisdizione dei diritti fondamentali* y *giustizia politica*, a Alessandro Pizzorusso, con la contraposición entre los sistemas concretos y los sistemas abstractos, a Rubio Llorente, con la separación entre el modelo centrado en la ley y el modelo centrado en la defensa de derechos, y a Ferreres-Comella, con los modelos centralizados y los modelos descentralizados. En común, todos adoptan criterios binominales inspirados en los modelos clásicos a partir del control de constitucionalidad. Estos criterios, con mayor o menor detalle, son ampliamente utilizados en Brasil, como bien se puede observar en las ponderaciones de Paulo Bonavides (2003, p. 77-101): “Control difuso y control concentrado, juez ordinario y tribunal constitucional, sistema concreto y control abstracto, Marshall y Kelsen, he aquí los polos de jurisdicción constitucional contemporánea, en que el modelo concentrado se propaga más que el difuso, o en que ambos, combinados, tienden a prevalecer bajo de forma mixta, aquella adoptada en nuestro país”.

No hay nada malo en reconocer en los modelos clásicos la fuente histórica de los sistemas de protección de la supremacía constitucional. De hecho, no sin razón,

son una marca indeleble en el pensamiento jurídico e immortalizan las grandes matrices del control de constitucionalidad.

Sin embargo, los instrumentos, cada vez más perfeccionados y heterogéneos de control en orden a la protección jurisdiccional de la Constitución, hicieron presión para un mayor rigor metodológico en el propósito de identificar la Justicia Constitucional en los más diversos ordenamientos jurídicos. Para este paso, los comparatistas han contribuido mucho a demostrar la “pérdida de la capacidad analítica de la bipolaridad” (SEGADO, 2004, p. 7), con comparaciones mucho más pragmáticas y, de ese modo, más allá de los modelos clásicos de control de constitucionalidad (TUSSEAU, 2014, p. 21).

Esa desconstrucción es evidenciada por Guillaume Tusseau (2014, p. 28) en lo que llamó “sofismas de los modelos de justicia constitucional”, como tales, son “todo argumento o tema de discusión provocado con la finalidad de, o con la intención de hacer equivocar o inducir a error a otra persona”. Estos sofismas son dimensionados por el autor en términos empírico, teórico y político.

3 Dimensiones de los sofismas

Tusseau alude, en referencia a la dimensión empírica, al error de no considerar tal como los sistemas de Justicia Constitucional se presentan en las diversas latitudes mundiales para sólo tomarlos como prototipos americanos o europeo-kelsenianos (TUSSEAU, 2014, p. 21). De hecho, tal postura es un error. A medida que los elementos propios de los modelos clásicos no son capaces de dimensionar bien la realidad presentada, resulta de eso el análisis que subyuga en exceso sobre *cómo* se practica la Justicia Constitucional en toda su extensión funcional y que, por lo tanto, oculta las formas jurídicas de su realización.

Emanciparse de este orden de análisis puede revelar una realidad normativa de alta *hibridación de elementos* de los modelos clásicos y, por eso, de *innovación sistemática*, de tal modo que suena realmente como un sofisma práctico hablar de estrechos vínculos de derivación (TUSSEAU, 2014, p. 29).

Esto es lo que sucede si se ignora el hecho de que países como Italia, con la *questioni di legittimità costituzionali*, sin hablar de Alemania y España, que, aun preservando sus particularidades, por lo que parecen, “inmutables a la familia jurídica a que pertenecen, a las tradiciones históricas y culturales, a las formas de gobierno, al nivel de desarrollo” (PEGORARO, 2002, p. 393-416), buscaron fórmulas y mecanismos procesales constitucionales de tal modo originales que inauguraron un nuevo linaje

de Justicia Constitucional. Es lo que se observa con el control de constitucionalidad en manos de un órgano central y especializado, pero, al mismo tiempo, existe el poder de todo juez de suscitar la duda (o certeza racional) de la constitucionalidad. Al modo de un *tertium genus*, “el control de constitucionalidad está firmemente en las manos de un órgano central y el elemento de ‘difusión’ se encuentra sólo en la fase *introdutoria* del proceso, no en la decisoria” (PEGORARO, 2002, p. 393-416).

En la dimensión *teórica*, el sofisma resulta de la “forma en que se lleva a cabo la oposición entre los modelos” (TUSSEAU, 2014, p. 29). Atento a la doctrina francesa, de tal modo que bien se puede aproximar a la brasileña, Tusseau critica la común visión platónica de los modelos de Justicia Constitucional y, con esa advertencia, la descripción conceptual de la realidad de los países por criterios teóricos que no son más que las abstracciones irreales del sistema descrito (TUSSEAU, 2014, p. 22). El problema está en que se hacen centrales concepciones teóricas que no pasan de mero intercambio doctrinal para el cual no se impone ningún “vínculo conceptual solidario” (TUSSEAU, 2014, p. 24). Esta crítica se dirige a los muchos intentos de reconocer la Justicia Constitucional y, así, de justificar sus reajustes estructurales y funcionales a propósito de una supuesta visión de su *praxis* respecto a lo que de ella se espera teniendo como referencia sólo los modelos clásicos, resultando de eso verdaderos monolitos.

Al aceptar este prisma, sólo es posible reconocer un sistema de Justicia Constitucional si es una descripción positiva de los modelos clásicos. En este caso, no tendríamos que admitir en Brasil ninguna clase de Justicia Constitucional, pues nuestro modelo concentrado está umbilicado históricamente a un órgano de cúpula del Poder Judicial que divide funciones de jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, no es una deducción lógico-conceptual ni del modelo americano, ni del modelo europeo-kelseniano de Justicia Constitucional.

En teoría, lo que resta es la completa falta de una *deducción lógico-conceptual necesaria* entre el modelo clásico y el sistema adoptado por un país para experimentar en términos funcionales la Justicia Constitucional. La comparación ha demostrado que los “sistemas son producto de una realidad empírica, no de una construcción teórica” (TUSSEAU, 2014, p. 24). La alerta está en la evidencia del peligro de no considerar la realidad y de apoyarse en la fidelidad teórica para justificar el rechazo de cualquier desvío a los prototipos europeo-kelsenianos de Tribunal Constitucional o americano de Suprema Corte. De ello resultaría una inaceptable deformación del lenguaje oficial al momento de edificar la salvaguardia

constitucional, al costo de una realidad política a la espera de fórmulas capaces de ajustar un particular modo de organizar la Justicia Constitucional.

Esa crítica puede ser bien ilustrada con un pasaje de la obra de J. J. Gomes Canotilho, que demuestra cómo no incurrir en el llamado sofisma teórico. En la oportunidad en que actuó como consultor del proceso de transición democrática de la República Popular de Angola, fue cuestionado sobre la viabilidad de implementar en este país un Tribunal Constitucional (que, a propósito, se estableció en 2008). Considerando que, con ese paso, se buscaba, como dice el consultor, “domesticar la política por medio del Derecho, aun en el contexto políticamente factual como era el de la República Popular de Angola” (CANOTILHO, 2011, p. 1-14), la respuesta más lógica sería acordar con su creación, con base en lo que surgió de la “polémica entre Kelsen e Schmitt”.

Sin embargo, un análisis más atento del difícil proceso político en Angola llevó a que J. J. Gomes Canotilho (2011, p. 1-14) considerase justamente las “fuerzas políticas conflictivas”, que teóricamente serían la razón de la implementación del Tribunal Constitucional, como la causa para postergar la creación de este Tribunal, pues entendió que, en ese contexto práctico, una “propuesta arriesgada”, ante el real “peligro de convertir en cuestiones jurídico-constitucionales todos los enfrentamientos políticos emergentes en la joven República Angolana” (CANOTILHO, 2011, p. 1-14). Canotilho niega, por lo tanto, la asociación lógico-necesaria de que la Justicia Constitucional sólo sería ideal si estuviese centrada en los órganos *ad hoc* exclusivos en la actuación jurisdiccional constitucional, a medida que, en cualquier escenario, permitiría la domesticación de las fuerzas políticas. Pensamiento teórico que, no necesariamente, se sostiene si se considera en todos los contextos fácticos. Entiende Canotilho que sería un anacronismo peligroso, pues resultaría sólo la certeza de que el Tribunal Constitucional sería un “injerto de lujo”, no sólo bajo las condiciones prevalecientes en Angola, como también “en el edificio judicial de los jóvenes países de lengua portuguesa” (CANOTILHO, 2011, p. 1-14).

Si está correcto o incorrecto en sus proyecciones, aquí poco importa, pues lo que es relevante destacar es la calidad de la evaluación. Se dio enfoque a la realidad, y no a la deducción abstracta a partir de los cuadrantes teóricos clásicos, que, ni en su desarrollo, tenían la pretensión de ajustarse a toda realidad política. Por supuesto, el autor estuvo correcto en pensar en las mejores fórmulas para la Justicia Constitucional para hacer abstracción de una realidad actual y particular de fuerte conflictividad política.

Por último, Tusseau se refiere al sofisma bajo un enfoque *político*. Señala, también atendiendo particularmente al caso francés, que las justificaciones para una construcción doctrinal tan decepcionante son antes que nada ideológicas. En vez de adoptar una opción pragmática, intentan explicar la legitimidad de la Justicia Constitucional por premisas “esencialmente teóricas y con una vocación universal” (TUSSEAU, 2014, p. 29).

Un buen ejemplo de ello es Brasil en el tiempo de la Constituyente de 1987. Recordamos que en ese período hubo un importante enfrentamiento político sobre la creación de un Tribunal Constitucional, tratado por los periódicos de gran circulación. Uno de los argumentos al respecto vino de la Orden de los Abogados de Brasil en *O Estado de São Paulo* (1987, p. 8): “Si una Constituyente es realmente moderna, sin la existencia de un Tribunal Constitucional no funciona”. Defendió la necesidad de conformar la tendencia mundial de los Tribunales Constitucionales. El contrapunto estaba en el *Correio Braziliense* (MARINHO, 1987, p. 6): “Renovar correctamente no equivale a desfigurar la Institución modular”, y resultaría, en la ponderación de Xavier de Albuquerque (1987, p. A3), en la “importación de tecnología e instrumental”, que más nos conduciría a la “europeización de nuestra jurisdicción constitucional”.

Traemos este recuerdo para decir que pueden haber muchas razones, y parece que hay, para que Brasil incorpore un órgano *ad hoc* para la jurisdicción constitucional concentrada. Es una crítica que supera en mucho los límites de este trabajo. Sin embargo, sirve para ilustrar el peligro de una interpretación idealista de la realidad política, como por lo demás ocurre con la visión platónica de un Tribunal Constitucional al modo europeo-kelseniano, ya sea para orientar, o sea para rechazar su adopción, sin realmente permitir toda suerte de crítica de la doctrina clásica en confrontación con la realidad brasileña.

Si el Supremo Tribunal Federal nunca ha sido un submodelo de la *Supreme Court* americana, tampoco precisa ser o ceder a la condición de prototipo de Tribunal Constitucional europeo-kelseniano. Siempre ha sido, y seguirá siendo, un *órgano auténtico*, aunque de una reflexión profunda de su evolución hasta el contexto actual de excesivas atribuciones resulte en alteraciones estructurales, como la reducción de la carga funcional del STF a la de jurisdicción constitucional concentrada. Por supuesto, este sería un paso correcto desde que los cambios, aunque dialoguen con los modelos clásicos (factores teóricos), ocurran en un contexto de especial consideración de los factores de *orden político-sustancial (pragmática)*, a fin de proporcionar soluciones jurídicas realmente adecuadas a nuestra contextura sociopolítica.

La apertura al debate y a la reflexión del modo como reconocemos y ahí pretendemos implementar la Justicia Constitucional, atento a las trampas de los sofismas, permiten que se ilumine el hecho irrefutable de que la difusión de sistemas, como bien dice Fernández Segado (2004, p. 34), ha ganado impulso con la “verificación de la posibilidad de combinar técnica del control incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austríaco-kelseniano)”. Segado (2004, p. 34) refiere, como ya dijimos, que el “proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos ayer, de los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad de los actos del poder”.

Esta combinación de elementos (hibridación) sigue mucho más el impulso de adecuar formas normativas a la coyuntura sociopolítica y tradición jurídica de cada Estado que propiamente al ritmo de meras innovaciones o importaciones teóricas. El alcance de esta evidencia trae nuevos horizontes en lo que concierne a la comprensión de la Justicia Constitucional, y, así, al fortalecimiento de sus bases de legitimidad democrática, especialmente cuando se trata de articularla con los demás Poderes Políticos.

De ello resulta que, sin duda, los modelos clásicos de jurisdicción constitucional no son más útiles para agrupar en uno u otro la diversidad de sistemas perfilados en los variados ordenamientos jurídicos. Está aquí la principal razón para reconocer que, “en actualidad, la justicia constitucional ya no puede identificarse a partir de elementos formales o institucionales” (TREMPS, 2003, p. 29-39), porque necesariamente, añade Perez Tremps (2003, p. 29-39), “hay que entenderla como un concepto material y sustantivo, como el conjunto de técnicas tendientes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales, sean éstos los que sean”. Es decir, siempre que esté atravesada por ese *ethos*, cualquier sea la forma, la Justicia Constitucional existe sustancialmente.

No se trata, pues, de ninguna manera, de una cuestión meramente teórica. Al mismo tiempo que no se deben destronar los modelos clásicos, ya inmortalizados en el pensamiento jurídico, es necesaria, sin embargo, la “destrucción del modelismo tradicional” (PEGORARO, 2015, p. 13), ante su evidente insuficiencia para explicar el estado de arte de la Justicia Constitucional. Se debe tener en cuenta que “la motivación de una u otra solución práctica adoptada en materia de control de constitucionalidad es más profunda que el mero intento de referirse a un modelo” (PEGORARO, 2005, p. 101).

Lo esencial está antes en el modo propio con que cada Estado, atento a su realidad, conduce la jurisdicción constitucional, de tal manera que, de los avances

del método comparativo, se tiene el craso error de intentar explicar lo que ocurre en cada país por la fisiología de las matrices clásicas.

Por lo tanto, el problema de superar la concepción formal por el enfoque sustancial de identificación de los sistemas de Justicia Constitucional es que no se puede ignorar, para la comprensión de ese movimiento, el modo en que el derecho comparado influyó, por su método propio, en esa relectura. Este ofrece pautas explicativas con “mayor alcance analítico” (SEGADO, 2004, p. 134), emancipadas de las clásicas lecciones norteamericana y europea, más alineadas con una suerte de realidad de amplia heterogeneidad de soluciones para organización, procedimientos y funciones de la Justicia Constitucional.

4 Justicia constitucional como objeto de comparación

En franca evolución el estudio científico de la comparación jurídica desde la primera mitad del siglo 20, ya es consensual su gran utilidad para el derecho (material y procesal) constitucional (PEGORARO; RINELLA, 2005, p. 31; VERGOTTINI, 2004, p. 1). Al mismo tiempo que, como un movimiento universalizador, el constitucionalismo impulsó la aparición de múltiples ordenamientos estatales, soberanos y autosuficientes, el proceso de constitucionalización de los Estados instigó y difundió el conocimiento uniformador del derecho público. El punto alto parece el desdoblamiento hacia un *jus publicum europaeum* (PEGORARO, 2005, p. 38), en la medida en que evolucionó la integración político-económica de Europa. Eso abrió nuevas perspectivas para la investigación comparada en el campo del derecho constitucional. De esa convergencia surgió, a partir de la mitad del siglo 20, el *derecho constitucional comparado*, con notable desarrollo desde entonces, importante en la comparación de temas específicos constitucionales hasta en una etapa más evolucionada de comparación de los temas generales de las constituciones alrededor del mundo (TUSHNET, 2014, p. 2).

Hoy se ha avanzado, incluso, hacia la formación de un “derecho constitucional europeo” y, en tiempos más recientes, volviéndose hacia otras latitudes, ha indicado el desarrollo de un “derecho constitucional latinoamericano”. Hablar de un derecho constitucional latinoamericano no es, de hecho, una novedad, existe un debate en curso sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (PASTOR; DALMAU, 2012, p. 9-44; UGARTE, 2013, p. 345-387), expresión que se ha preferido para marcar las significativas novedades dispersas y con trazos temáticos comunes que, en cierta medida, van más allá de recomendaciones constitucionales, para ser cambios

concretos orientados por un movimiento aún más amplio y antiguo que las llamadas “constituciones transformadoras” (BERCOVICI, 2013, p. 285-305).

En este contexto de disciplina jurídica dada la aproximación de ordenamientos a la preservación de su originalidad y autenticidad, ha cobrado relevancia en la aplicación del estudio comparado sobre los principales temas constitucionales, entre ellos, sin duda, la Justicia Constitucional. Si el interés inicial, sobre todo entre los estudios europeos, se centró en conocer su interpretación y las estructuras organizacionales, hoy, principalmente en América Latina, esta confrontación (micro-) comparativa adquirió, a su vez, una nueva dimensión alzada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2006, p. 173-198) al *derecho procesal constitucional*. Aquí, el método comparado es realizado para ayudar a la epistemología de esta nueva rama del Derecho que se ha dedicado al estudio sistemático de las garantías instrumentales de la jurisdicción y magistratura constitucional, y ha adquirido, a pasos agigantados, bases para su autonomía científica.

Se sabe que aún la ciencia de la comparación enfrenta una serie de problemas de orden funcional, sustancial y metodológico para su emancipación como disciplina (VERGOTTINI, 2004, p. 2). No obstante, los avances teóricos ya permiten distinguir las comparaciones de los estudios del Derecho extranjero, lo que no siempre se muestra debidamente esclarecido. Muchos estudios que pasan por análisis comparativos, en realidad, proponen la compilación de datos de institutos u ordenamientos jurídicos de diferentes países. Como bien dice Vergottini (2004, p. 26), “el estudio separado de varios ordenamientos extranjeros puede llevar a un simple análisis descriptivo de institutos ‘país por país’, no a una comparación”.

El derecho comparado promueve más que el conocimiento paralelo e incomunicable del Derecho público o privado de un estado extranjero. Pretende lograr finalidades más sofisticadas y útiles al comparar ordenamientos e institutos, por una metodología definida, que, si es bien aplicada, atiende intereses como un lenguaje jurídico internacional común. El derecho comparado desarrolla una interpretación valorativa entre el derecho nacional en general del investigador y el derecho extranjero, por “operación intelectual de contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si es llevado a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de disciplina científica” (VERGOTTINI, 2004, p. 2).

En estos términos, de estudios analíticos con el propósito de operaciones de contrastes para un modo sistematizado de explicación de las convergencias y

divergencias entre “derechos”, el derecho comparado se ha transformado en “un sólido marco de referencia” (VERGOTTINI, 2004, p. 2) de la Justicia Constitucional, tal como está formateada y es existente en diferentes países. No se trata de producir con el conocimiento comparado un modelo supranacional uniforme de control de la Constitución. Esto es ciertamente imposible, y, a propósito, es lo que se ha evitado con el perfeccionamiento del método de la comparación. Lo que está en cuestión es, con la operación lógica de contrastes de similitudes y diferencias, el establecimiento de generalizaciones, principios y conceptos básicos con características sistemáticas, capaces, con ese propósito, de incrementar el juicio crítico acerca de los factores políticos y jurisprudenciales de la Justicia Constitucional en todo el mundo.

Consciente de la gradual maduración científica de la comparación jurídica, uno de los exponentes comparatistas, John Henry Merryman (1976, p. 65-92) hace tres preguntas con el fin de ilustrar su finalidad, objeto y método, y así orientar la investigación comparada de la Justicia Constitucional. *¿Cuál es el propósito de la comparación?* Desarrollar proposiciones explicativas generales capaces de dimensionar la real estructuración y funcionalidad de los diversos sistemas de protección de la Constitución, de modo que, con soporte en referencias internacionales, auxilie en el desarrollo de un espíritu crítico de la comunidad jurídica y produzca toda suerte de perfeccionamiento del derecho nacional. *¿Cuál es el objeto que se va a comparar?* El derecho positivo efectivamente en vigor en los ordenamientos jurídicos afectados por la investigación (*law in action*). De ello se desprende la atención a las normas legislativas y también judiciales que institucionalicen la Justicia Constitucional (*normas primarias*). Normas que sólo alcanzan su verdadero propósito comparatista si son observadas de acuerdo con los factores sustancialmente ligados a la expansión y conformación de la jurisdicción constitucional, considerados por prácticas, costumbres y convenciones (*normas secundarias*). *¿Cómo se realiza la comparación?* Con la reducción del objeto comparado a un sistema lógico, es decir, a un modelo, así definido por Lucio Pegoraro (PEGORARO; RINELLA, 2005, p. 101): “las características abstractas que marcan un cierto modo de practicar la justicia constitucional, en relación a una característica, o más a un conjunto de características de reputada importancia”.

Hasta hace poco tiempo, imperaba el pacto general implícito de que la comparación jurídica sólo tenía sentido si era promotora de una “visión fundamentalmente eurocéntrica”, vale decir, “entre ordenamientos pertenecientes a un área político-institucional sustancialmente homogénea, centrada en los estados europeos y en algunos de sus apéndices extraeuropeos” (VERGOTTINI,

2004, p. 3). Sin duda, es intuitivo pensar que sería sólo viable la comparación de institutos y ordenamientos jurídicos dotados de formas y prácticas políticas más homogéneas; sin embargo, hoy no hay razones científicas para tal limitación. Es posible analizar el Derecho en sus diferentes intensidades y extensiones a un modo de macrocomparación o microcomparación. Aquella que pone en confrontación la globalidad de los órdenes jurídicos, con el fin de retirar elementos comunes y de distinción, para crear clasificaciones y desarrollar modelos. Ya esta compara institutos concretos y los evalúa esencialmente en función de su papel en cada sistema jurídico en el que operan (PEGORARO; RINELLA, 2005, p. 69).

En estos términos, al considerar la *comparación jurídica de los sistemas de Justicia Constitucional*, es inmediato indicar la mayor tendencia a la microcomparación, por traducir un interés específico y concreto instituido. No significa, sin embargo, divorciar el objeto de la comparación de su inserción global. Por lo contrario, existe el entroncamiento de ejes más amplios, en que la Justicia Constitucional es considerada en su estructura y funcionalidad, y anota, como no podría dejar de ser, la coyuntura constitucional del país analizado.

Hoy ya se sabe que la comparación, para que sea posible, no presupone una estandarización (homogeneidad) de formas jurídicas sobre determinado instituto u ordenamiento; la comparación y antes la identificación de la Justicia Constitucional entre los países se debe menos, aunque es indispensable, a una equivalencia de formas jurídicas, y más, como bien advierte Vergottini, a la existencia de elementos identificadores comunes de los institutos a comparar. Tenemos, para ese propósito comparativo, el esfuerzo de conjugación de la “identidad de los intereses presentes en los distintos ordenamientos y en la fijación de las modalidades (diversamente estructuradas, denominadas y reguladas) encaminada a satisfacerlos” (VERGOTTINI, 2004, p. 36). Es una afirmación que hace de la comparación una operación no sólo de contrastes formales entre derecho nacional y extranjero, sino también de contrastes funcionales y sustanciales.

Esto es lo que hace que la comparación se distancie de una mera compilación de normas para establecer equivalencias y diferencias de formas jurídicas, aunque, como se ha dicho, sea un paso inevitable. Como también con ella no se ambiciona el más osado estándar homólogo de organización de la Justicia Constitucional. Lo que está en juego son soluciones jurídicas *sustancialmente homogéneas* para el interés jurídico común de evaluar y cotejar el modo como funciona el Estado y se organiza la protección jurídica de la Constitución. Podemos decir que el método

comparado considera equivalencias formales, pero sin priorizarlas. Verdaderamente, se importa con los enfoques sustancial y funcional de la Justicia Constitucional, cuya realización, como se ha visto, tiende a inspirar distintas soluciones organizativas entre los diversos ordenamientos jurídicos.

El conocimiento comparado produce *modelos de referencia*, que sintetizan, de la manera más amplia posible, contrastes y aproximaciones, y de los cuales son posibles conclusiones integrativas para los diversos sistemas de Justicia Constitucional, identificados y considerados en su real (*praxis*) contexto de manifestación.

5 Parámetros metodológicos de la comparación

La comparación jurídica, cuando es bien aplicada para el conocimiento del fenómeno de la Justicia Constitucional, combina un modelismo más realista de mayor capacidad analítica para explicar sistemas complejos y, por eso, orientado por *múltiples criterios*. En ese sentido, en favor de la multiplicación y diversidad de criterios que hay en la clasificación de los sistemas de Justicia Constitucional, hay propuestas de Humberto Nogueira Alcalá (2003, p. 43-66); Lucio Pegoraro (2015, p. 109); Fernández Segado (2004, p. 131); Dimitri Dimoulis y Soraya Lunardi (2013, p. 73), entre otras. Como hemos dicho, no los explicitaremos porque la preocupación es anterior, más propiamente con los parámetros metodológicos para su definición.

Bajo ese específico enfoque, Guillaume Tusseau (2014, p. 30) desarrolla un “metalenguaje comparatista neutro y comprensivo”, para el cual propone cuatro *recomendaciones metodológicas fundamentales*, aquí observadas en el campo de la Justicia Constitucional.

Dos de ellas, más propiamente asociadas a la esencialidad del método comparatista, se refieren, una, a la vocación descriptiva y científica de las categorías clasificatorias (*descriptivismo inicial*) para la promoción del conocimiento del Derecho, y la otra, a las abstracciones para no confundirse con el derecho positivo de cada estado y, así, generar, en tema coyunturales, categorías conceptuales abstractas (*universalismo*). Estas, aplicadas a situaciones cambiantes y divergentes del derecho positivo, ciertamente favorecen un metalenguaje neutro, en vista de un sentido comparatista emancipado, tanto en un plano temporal como espacial.

En esta descripción y categorización, debe ser una preocupación el cumplimiento de las *exigencias lógicas y utilitaristas*, para lo que, dice Tusseau, presupone categorías mutuamente excluyentes, es decir, “el criterio seleccionado deberá permitir la clasificación de todos los elementos a ordenar de manera que ninguno

pueda pertenecer simultáneamente a dos o más categorías” (TUSSEAU, 2014, p. 38). Por ejemplo, la clasificación de la jurisdicción constitucional, según el tipo de fiscalización en difusa y concentrada, no será operativa para gran parte de los países latinoamericanos, incluso Brasil, pues se comprometen tanto en la primera categoría como en la segunda. Igualmente inútiles serían los criterios de clasificación si no fueren exhaustivos “en el sentido de que ningún objeto a clasificar debe quedar fuera de alguno de los criterios seleccionados” (TUSSEAU, 2014, p. 38). Así, si es adoptado el criterio de la estructura orgánica en tribunal *ad hoc* extrajudicial, al modo de un Tribunal Constitucional, u órgano judicial especializado, como son en general las Cortes Supremas, no tendría utilidad para clasificar el sistema de Costa Rica, que no conseguiría encajar en ninguna de estas categorías con su prestigiosa Sala Constitucional (*Sala Cuarta*) en el ámbito de su Corte Suprema.

Por último, el *decisionismo conceptual* en referencia a la definición *a priori* de elementos esenciales pertinentes y seleccionados es una exigencia para el cumplimiento de los propósitos bien definidos de la clasificación que se propone, requisito que se debe cumplir para un modelismo que mejor considera la variedad de propiedades formales, sustanciales y funcionales de la Justicia Constitucional. A partir de diversos criterios, un “sistema estará totalmente caracterizado en relación con estos criterios en el momento en que se determina, para cada uno de ellos, si lo cumple o no” (TUSSEAU, 2014, p. 41).

Es una estrategia que sólo alcanza alguna utilidad si la selección de los criterios clasificatorios está condicionada a los compromisos de la investigación que se lleva a cabo. Pueden ser los más variados, cierto de que no son sólo aquellos preocupados con el modo como se organiza o como se ejerce el control de constitucionalidad. La clasificación será tanto más amplia cuantos más sean los propósitos de la investigación, pudiendo, por ejemplo, dirigirse a una clasificación en que se pretende demostrar, por ejemplo, la celeridad y la eficacia de los procedimientos, la contextualización de la Justicia Constitucional en la historia del constitucionalismo, su capacidad de respuesta en la sociedad o aún su desempeño como fenómeno de poder, entre otros objetivos que están para ayudar los intereses del investigador.

El resultado es un conocimiento comparado más afecto a su verdadero propósito utilitarista e instrumental. Se desarrollan, sin pretensiones de ordenar la totalidad de los ordenamientos existentes, *puntos de vista actitudinales* de la Justicia Constitucional. Con ellos, se tiene “un trabajo contingente de elaboración institucional” (TUSSEAU, 2014, p. 41), que se abre a estudios más bien receptivos

de los condicionantes culturales y políticos del país. Se escucha, con certeza, una libertad de los criterios comúnmente empleados para clasificarla (como en función del órgano, del momento de la interposición, de los autorizados a la activación; en razón del tipo de fiscalización etc.).

Lo que se pretende afirmar con esas colocaciones es que, sobre una base metodológica bien definida del derecho comparado, se tiene la certeza de un conjunto plural de variables que permiten *un mayor alcance analítico*, de tal modo que pueden ofrecer pautas explicativas de los heterogéneos sistemas de Justicia Constitucional que la realidad impone (SEGADO, 2004, p. 131).

6 Doble perspectiva del objeto comparado

Desde una percepción general, se nota, entre los muchos estudios comparados, la inclinación por dos perspectivas de la descripción del estado de la Justicia Constitucional en cualquier tiempo y espacio: (a) la *diacrónica* y (b) la *sincrónica* (TUSSEAU, 2014, p. 45).

La propuesta de *análisis diacrónico* articula modelos en referencia a la sucesión o secuencia de tiempo y espacio. Produce, con ese enfoque, un conocimiento evolutivo a partir de su concepción positiva en cada época y en cada ordenamiento jurídico. No resulta propiamente un trabajo de carácter histórico, sino más bien una descripción conceptual hasta los tiempos actuales, como lo hace Lucio Pegoraro (2002, p. 393-416), en el análisis de la circulación, recepción e hibridación de los modelos con los sistemas de Justicia Constitucional, y Fernández Segado (2004, p. 95), en el estudio de las fórmulas híbridas de los actuales sistemas de control de constitucionalidad.

Ya el *análisis sincrónico* propone el diseño orgánico de la Justicia Constitucional, de acuerdo con la lógica de un auténtico y común sistema teórico. Se toman las categorías fundamentales en composición con una unidad esencial de definición y delimitación del sistema de defensa de la Constitución. Por lo tanto, el parámetro de análisis no está propiamente en la temporalidad, sino en un determinado momento histórico, o sea, en la referencia tiempo-espacio en que el estudio se desarrolla.

Aquí son importantes los *estudios comparativos intercontinentales* de Mauro Cappelletti, en que propone un “panorama tipológico”, o sea, la clasificación del control judicial de constitucionalidad a partir de diversos países, desde los modelos clásicos, por un análisis estructural preocupado en mantenerla en un “plano de concreción comparativa” (CAPPELLETTI, 1999, p. 66). También merecen atención

los *estudios comparativos regionalizados*, como los más remotos de James Grant (1947, p. 121-130) y los más recientes de André Ramos Tavares (2014, p. 245-262), sólo para citar propuestas de estudios más generalizadoras que intentan criterios múltiples para la comparación. Es lo que proponen también, en un elevado nivel de generalización y aproximación entre las estructuras y funcionalidad de la Justicia Constitucional latinoamericana, algunos de los estudios de Hector Fix-Zamudio. A propósito, esa perspectiva investigativa también instigó a Peter Häberle (2009, p. 206) “a desarrollar la idea [...] de un ‘derecho constitucional común americano’ - analógicamente a la categoría de un ‘derecho constitucional común europeo’, dada la particularidad de la vida constitucional de Brasil, aliada a los trazos de similitudes con otros países latinoamericanos”. Como se observa, no faltan también estudios comparativos de categorías específicas, dedicados al análisis de los elementos jurisdiccionales constitucionales entre los diversos ordenamientos. Es el caso, por ejemplo, de estudios de Humberto Nogueira Alcalá, sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur (2003, p. 113-158) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sobre el amparo iberoamericano (2006, p. 173-198).

7 Sistemas concretos latinoamericanos

Como se observa, el perfeccionamiento metodológico del derecho comparado lo proyectó también, por razones más que suficientes, como técnica de investigación importante para comprender la Justicia Constitucional en América Latina. Y no parece haber duda de que los estudios desarrollados por diferentes enfoques revelan que la tradición cultural en esta región, si no está totalmente divorciada de los modelos clásicos, tampoco se rinde a ellos absolutamente. Constituye de hecho un perfil intrépido, por no temer, diciendo con André Ramos Tavares (2014, p. 245-262), “el camino diverso, más adecuado a sus peculiaridades regionales y nacionales”.

Lo que se quiere decir es que, si es cierto que los sistemas jurisdiccionales constitucionales en América Latina reflejan en gran medida la dependencia de la cultura constitucional extranjera, al mismo tiempo transmiten cierta libertad. En el derecho constitucional brasileño, se pueden observar, por ejemplo, Constituciones, como la de 1891, inspirada en la influencia intelectual que Rui Barbosa recibe de la doctrina americana. De esta doctrina importamos, siguiendo un movimiento que se ha diseminado en América Latina a partir de la mitad del siglo 19, entre otros institutos políticos, la doctrina del *judicial review* que aquí consagró, con matices

propios, el control difuso de constitucionalidad, sin, no obstante, combinarlo con la doctrina del *stare decisis*.

Esta tendencia de aproximación sin fidelización no es una particularidad de Brasil, al contrario, es una tradición latinoamericana. Desde la independencia política de España y de Portugal, esta región da señales de intercomunicación, primero, con las bases históricas de la actuación de la Suprema Corte norteamericana en salvaguarda de la Constitución², y, en tiempos más recientes, con la estructura europeo-kelseniana de jurisdicción constitucional concentrada³, sin, no obstante, resultar de este intercambio una fidelización. Por el contrario, en realidad es muy pródiga en fórmulas interesantes e innovadoras que mezclan los elementos esenciales de los procesos constitucionales de naturaleza concentrada y difusa para resolver discusiones de la actualidad.

En este punto, es especialmente interesante recordar la primera experiencia chilena de control jurisdiccional de constitucionalidad. La Constitución de 1925 atribuye a la Corte Suprema, de manera inédita *expressis verbis*⁴, el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes por el llamado *recurso de inaplicabilidad*. Sin embargo, diferentemente del instituto norteamericano, ese recurso tiene un alcance bastante más restringido. Esencialmente había dos vías posibles de declaración judicial de inaplicabilidad de una ley en un caso concreto: (a) declaración de oficio de la Corte Suprema en el conocimiento de un caso de su competencia; y (b) declaración incidental y perjudicial de pronunciación de inconstitucionalidad de un caso en juicio en otro Tribunal, para impedir la aplicación inconstitucional del precepto.

La forma de esa herramienta de control de la constitucionalidad fue pragmáticamente dimensionada según la coyuntura político-social del momento de su creación. En tiempos anteriores a la creación de la Constitución de 1925, la doctrina ya alertaba sobre los propósitos específicos de disminuir, con el *recurso de inaplicabilidad*, la pasividad hasta entonces del Poder Judicial delante las cuestiones

2 Bajo la influencia de obras clásicas, como *La democracia en América* de Alexis Tocqueville, y *El Federalista* de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, ha importado la doctrina de *judicial review*, de forma puntual, plasmada con matices propios en el control difuso de constitucionalidad adoptado en México en 1847, en Argentina en 1872 y en Brasil en 1889.

3 La primera en aproximarse más a ese modelo fue la Corte de Constitucionalidad introducida por la Constitución de 1965 de Guatemala. Hecho curioso es que, aún en siglo 19, Venezuela ya había creado una *acción popular de inconstitucionalidad*, con carácter *erga omnes*, primero en la Constitución de 1858 y luego en la de 1863, que ya adelantó rasgos de lo que sería el control concentrado.

4 Expresado en términos (traducción nuestra).

constitucionales, pero no al punto de pensar en una alta Corte protagonista, como se veía, por ejemplo, la Suprema Corte norteamericana, y tampoco otorgar a los jueces el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. En ese contexto, se implementó la regla de la exclusiva competencia de la Corte Suprema de ejercitar el control jurisdiccional de la constitucionalidad, lo que se aproxima al sistema europeo-kelseniano, pero de él se aleja con la previsión de la restricción de los efectos de la decisión en el caso concreto.

Sin embargo, aun en ese último particular, no había una certeza de vinculación necesaria de los efectos de la decisión con las partes implicadas, porque el proceso en el que se deducía el recurso de inaplicabilidad de la ley no era suspendido hasta la pronunciación de la Corte Suprema, condición que no raramente lo redujo a una “garantía en condiciones extemporánea y, por lo tanto, inútil” (VIÑAS, 2010, p. 468). Refuerza aún más el distanciamiento del modelo americano saber que ni al menos en los casos futuros la decisión del recurso vinculaba, pues no tenía valor de precedente, cuando mucho de orientación. La particularidad de ese modelo chileno gana contornos definitivos, cuando se observa que el *recurso de inaplicabilidad* no podía hacer control formal de la ley, pues imperaba el entendimiento de que el proceso de producción de leyes era problema exclusivo *interna corporis* del legislativo (NEUMANN, 1988, p. 37-53).

La historia constitucional chilena deja claro que, con ese expediente, la introducción del control jurisdiccional de constitucionalidad en Chile no representó propiamente la repetición de directrices clásicas, con el fin de lidiar con lo que está en la esencia de la jurisdicción constitucional, o sea, los serios problemas de seguridad y coherencia normativa. Buscaba, antes, interrumpir el autocontrol constitucional del Congreso (NEUMANN, 1988, p. 37-53), no dándole el poder al Judicial de un control amplio de constitucionalidad, sino sólo lo suficiente para el contrapeso a la soberanía legislativa y, así, el favorecimiento de un nuevo presidencialismo que llegaba para un papel central en la conducción de las directivas constitucionales de un orden económico fuertemente intervenido por el Estado.

Otro signo histórico de autenticidad de los modelos latinoamericanos desafia los propios orígenes del control abstracto-concentrado de constitucionalidad. La Constitución de Venezuela de 1858 ha aportado, en su artículo 133, la sorprendente previsión de un modelo de ese tipo de control, que podría ser ejercido por medio de acción popular, con el cual la Suprema Corte está autorizada, con exclusividad,

a juzgar y declarar nulas, si es el caso, las leyes del Parlamento de las Provincias (TAVARES, 2014, p. 245-262).

De hecho, es preciso definitivamente reconocer que no es tradición latinoamericana, al menos en lo que concierne al modo de organizar la justicia constitucional, comportarse como mera receptora pasiva de institutos importados de Europa o de América del Norte. Es evidente en esa región que no se puede ignorar en el ámbito de esta investigación que muchas de las alegadas importaciones son, en verdad, “completas reelaboraciones locales” (HESPANHA, 2012, p. 7), a veces apartadas de forma completa de los modelos históricos paradigmáticos, como han revelado investigaciones de derecho comparado producidas, hasta con cierta ironía, por ejemplo, por europeos, como Fernández Segado (2009) y Lucio Pegoraro (2015). Originalidad que ha acreditado a la América Latina como “auténtico laboratorio constitucional” (SEGADO, 2004, p. 115), dada a fórmulas condicionadas a las culturas locales, empezando por la osadía de compatibilizar elementos de los modelos tradicionales europeo y americano de justicia constitucional.

De ahí decir, con Francisco Segado (2007, p. 119-190), que son características entre los países de esa región normas nada homogéneas que hacen modelos de los más diversos, como: (a) *sistema de Tribunal Constitucional*: al modo de la Constitución peruana de 1993 de Tribunal Constitucional *extra* Poder Judicial, que ejercita la jurisdicción constitucional concentrada y difusa⁵; (b) *sistema de órgano judicial especializado*: en la función jurisdiccional constitucional, pero inserto en el Poder Judicial (Salas Constitucionales). Ese formato proviene de una “solución política transaccional” entre el grupo de aspiración máxima de un Tribunal Constitucional *extra* Poder Judicial y el grupo de visión conservadora de no desvinculación institucional del Judicial (SAGÜÉS, 2004, p. 1-13)⁶; (c) *sistema de órgano judicial no especializado*: o sea, Poder Judicial en el desempeño de la justicia constitucional, organizado de forma jerárquica, con un órgano máximo dotado de atribuciones de

5 Sucedió, guardando semejante estructura, al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979. Otros países de ese grupo con órganos especializados ora insertos en el ámbito del Poder Judicial, como Bolivia, con el Tribunal Constitucional Plurinacional; Colombia, con la Corte Constitucional; Ecuador, con el Tribunal Constitucional; Guatemala, con la Corte de Constitucionalidad; como Chile, con el Tribunal Constitucional, y del Perú.

6 En ese formato, está la prestigiosa Sala Constitucional de Costa Rica, creada con la reforma constitucional de 1989 (*sala cuarta*) en el ámbito de su Corte Suprema. Otros países que siguen ese formato: Paraguay, El Salvador, Venezuela, Nicaragua.

jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, como en Brasil, Argentina, México, Panamá, Uruguay y República Dominicana.

En medio de la expansión gradual y resistente de una base constitucional latinoamericana tendiente a la consolidación democrática, es aún significativo a ese respecto que “la mayor parte de las abundantes reformas constitucionales totales y parciales llevadas a cabo en los años 80 y 90 en América Latina haya incorporado o reforzado instituciones de justicia constitucional” (TREMPS, 2003, p. 29-39). Y se confirma, en ese contexto, lo que se ha demostrado aquí. Con las formas jurídicas, cada vez más, complejas y mezcladas, esa región se ha convertido en un buen ejemplo de que “las viejas tipologías necesitan una nueva sistematización, con el fin de crear modelos dotados de prescriptividad” (BELAUNDE, 1999, p. 121-156).

Pasado más de un siglo de justicia constitucional en tierras latinas, ya se puede confirmar que es una de las funciones estatales más importantes, y sedimentadas, por su amplio reconocimiento, entre sus diversas expresiones. Esto es así no sólo en términos formales, por su amplia funcionalidad conferida por los textos constitucionales, sino también, y principalmente, en términos políticos y sociales por la relevancia y por el impacto de sus actividades en todos los sectores de la sociedad. Este es uno de los legados, en un plano general, de conocimiento comparado de lo que ya se puede decir, sin exageración, de la “latinoamericanización” de institutos jurídicos orientados al campo más amplio del derecho procesal constitucional.

8 Conclusión

El estudio aquí realizado llegó, de forma bien sintética, al resultado de que la profusión de la jurisdicción constitucional ha acarreado el sediento interés académico por el *modo* como se desarrolla en diferentes contextos culturales. Naturalmente, para realizar tal intento fue imperioso reunir un adecuado método de trabajo.

Ya es lugar común entre los comparatistas, como se ha demostrado en este estudio, la exigencia de modelos de referencia que, si bien no deben reducir la descripción de los modelos a la repetición de la realidad, ya que si así fuera nada quedaría por ser clasificado, deben, sin embargo, explicar cómo efectivamente tiene lugar el funcionamiento de la Justicia Constitucional en las modernas democracias, o sea, de una manera más pragmática y menos ideal.

A medida que la Justicia Constitucional se perfecciona y, cada vez más, se convierte en función esencial del Estado Constitucional, el derecho comparado gana importancia por el diálogo que proporciona entre los países.

La comparación jurídica ofrece, a partir de esta consciencia, un método fructífero para explicar y comprender las similitudes y diferencias, y, así, crear *modelos* capaces de retratar la diversidad de las formas posibles de protección de la Constitución, sin perder la unidad conceptual y sus conexiones reales. Ofrece, con este propósito, criterios clasificatorios en los que, con posibles subdivisiones, se reagrupan elementos dispersos en un estudio más próximo de la realidad global, regional o local.

La gran ventaja de esta metodología está en propiciar una suerte de economía intelectual en la resolución de problemas jurídicos constitucionales. Esto es así en el sentido de que “el modelo nos permitirá administrar varios datos de manera condensada, es decir, facilitará trabajar con una ‘idea’ sin necesidad de recurrir necesariamente a cada parte del derecho positivo” (TUSSEAU, 2014, p. 22); en últimos términos, “reportará una ventaja explicativa o pedagógica” (TUSSEAU, 2014, p. 22) al indispensable proceso de cooperación entre los sistemas jurídicos en busca de beneficios comunes.

Entre los avances del derecho constitucional comparado está, como se muestra en este estudio, la obsolescencia de la doctrina de los modelos dicotómicos de profusión de la Justicia Constitucional y la oferta de otros recursos explicativos más efectivos, como propone la doctrina de los modelos concretos. Por su sincronía con las bases de la realidad, es capaz de propiciar explicaciones conciliadoras entre el pasado y el presente para así crear una base crítica sobre las perspectivas futuras, más profundas y consistentes con escenarios políticos de crisis y dudas sobre el funcionamiento de la Justicia Constitucional. No exactamente porque repite las particularidades de cada Estado, sino porque reduce o sintetiza lo que hay en común en las estructuras y relaciones políticas.

Los estudios comparados conforman síntesis clasificatorias sobre el modo como se ha realizado la Justicia Constitucional considerando su organización, sus funciones y sus formas típicas, siempre con el propósito de determinar las leyes de formación, fundamentos, fines y tendencias. Es con esta orientación que, sin duda, ofrecen, de la práctica rigurosa del método, conocimiento de los elementos y de las categorías esenciales de la Justicia Constitucional, a partir de los contrastes y de las aproximaciones y de manera más realista del modo cómo se comportan los diversos ordenamientos jurídicos.

Finalmente, el presente trabajo pretende contribuir a la concientización de la importancia del derecho comparado en los horizontes de la discusión sobre la proliferación de la Justicia Constitucional en el mundo; y, así, lo hace indicando,

en relación a este movimiento y para sus resultados, empezar por la superación de la visión excesivamente centrada en los modelos clásicos como condición para evolucionar en el debate sobre la legitimidad, existencia y efectividad de este, aún en muchos aspectos, enigmático instituto universal.

9 Referencias

ALBUQUERQUE, Xavier de. O STF e o controle da constitucionalidade. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 1987, 23 maio 1987. Opinião, caderno 1, p. A3.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales, Valdivia. **Revista de Derecho**. v. 14, p. 43-66, jun. 2003.

BELAUNDE, Domingos García. **De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional**. 4. ed. Perú: Editora Jurídica Grijley, 2003.

BELAUNDE, Domingos García. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 3, p. 121-156, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 26, maio/ago., p. 285-305, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 7, p. 77-101, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**. Napoli: Morano, 1968. v. 3.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Derecho de acesso à justiça constitucional**. Palestra proferida no evento: Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos países de língua portuguesa. Luanda, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. 11. ed. Trad. Jorge Sánchez Cordero. México: UNAM, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GRANT, James A. Clifford. Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de leyes. **Impr. Universitária**, 1947. p. 121-130.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELAUNDE, Domingo Garcia *et al.* (coord). **Encuesta sobre derecho procesal constitucional**. Lima: 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Lisboa: Almedina, 2012.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Breves notas sobre o amparo ibero-americano: desde el derecho procesal constitucional comparado**. Chia, Dikaion, 2006. p. 173-198.

MARINHO, Josaphat. O STF e a Constituição. **Correio Braziliense**. Brasília, Política, p. 6, 7 set. 1987.

MERRYMAN, John Henry. Fines, objeto y método del derecho comparado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México, n. 25-26, p. 65-92, 1976.

NAVAS, Francisco José Sospedra. **Justicia constitucional y procesos constitucionales**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

NEUMANN, Teodoro Ribera. Función y composición del Tribunal Constitucional de 1980. **Revista de Derecho**, n. 1, p. 37-53, ene./jun. 1988.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB propõe criação de novo tribunal. **O Estado de S. Paulo**. Política, 18 out. 1987.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Política, justicia y Constitución**. Ecuador, n. 2, p. 9-44, 2012.

PEGORARO, Lucio. Novas perspectivas para a investigação comparada no campo do direito constitucional. *In*: **Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. Serna de la Garza, UNAM, 2005.

PEGORARO, Lucio. **Giustizia costituzionale comparata: dai modelli ai sistemi**. Torino: G. Giappichelli, 2015.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002.

RINELLA, Angelo. **Derecho público comparado**. México: UNAM, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo, 2005. 466. Tese – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina. **Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en**

Quito en el seno del Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador. Ecuador, n. 25, p. 1-13, 2004.

SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. **Pensamiento Constitucional.** Lima, n. 12, p. 119-190, 2004.

SEGADO, Francisco Fernández. **La giurisdizione costituzionale in América Latina e la sua problemática nel XX Secolo.** San Ceario di Lecce: Pensa, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional:** una visión de derecho comparado. Madrid: Dykinson, 2009.

SEGADO, Francisco Fernández. **La justicia constitucional ante el siglo XXI:** la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México: UNAM, 2004.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: originalidades históricas e tipicidade latino-americana. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais,** Belo Horizonte, v. 29, p. 245-262, maio/ago., 2014.

TREMPS, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. **Revista Brasileira de Derecho Constitucional,** Belo Horizonte, n. 1, p. 29-39, jan./jun. 2003.

TUSHNET, Mark. **Comparative constitutional law.** Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2014.

TUSSEAU, Guillaume. Afrontar la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional: en defensa de más empirismo. **Avances, Revista de Investigación Jurídica.** Cajamarca, n. 9, p. 24-37, 2014.

TUSSEAU, Guillaume. Más allá de los “modelos” de justicia constitucional, hacia una comparación pragmatista. *In:* BAGNI, Silvia. **Justicia constitucional comparada.** México: Porrúa, 2014.

UGARTE, Pedro Salazar. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). *In:* PÉREZ, González *et al.* **El constitucionalismo contemporáneo.** Homenaje a Jorge Carpizo. México: UNAM, 2013, p. 345-387.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Derecho constitucional comparado.** Trad. Claudia Herrera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

VIÑAS, Miriam Henríquez. Historia del control de constitucionalidad de las leyes en Chile. *In:* BAZÁN, Víctor. **Derecho procesal constitucional americano y europeo.** México: Abeledo Perrot, 2010.