



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 41, julio-diciembre 2019



Procesalismo constitucional: retos en la protección de los derechos humanos

Constitutional Processualism: Challenges in the Protection of Human Rights

Renato GUGLIANO HERANI*

RESUMEN: El estudio aquí presentado pretende analizar los retos del procesalismo constitucional. Es un importante movimiento científico en América Latina dedicado al estudio de la jurisdicción constitucional del punto de vista del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional, con miras a constituir una nueva rama del derecho: derecho procesal constitucional. El procesalismo constitucional tiene una evolución que hoy le impone retos propios de su consolidación como rama jurídica, de orden substancial, metodológico y funcional. El estudio analiza cada uno de estos retos en algunos de sus principales aspectos temáticos.

Palabras clave: Procesalismo, constitucional, jurisdicción, retos, constitucionalismo, latinoamericano.

ABSTRACT: The study given in this essay aims to analyse challenges of the constitutional processualism. It's an important scientific movement in Latin-American dedicated to the study of constitutional jurisdiction from the standpoint of constitutional law and procedural law, in order to build a new branch of law: constitutional procedural law. The constitutional processualism has an evolution that now follows the direction to consolidating as a branch of law, and has challenges of content, method and function natures. The study analyses each of these challenges in their main thematic aspects.

Keywords: Processualism. Constitutional. Jurisdiction. Challenges. Constitutionalism. Latin-American

* Profesor titular del Programa de Postgrado *Stricto Sensu* en Derecho Constitucional en la Facultad Autónoma de Derecho, Brasil; becario de la Fundación Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior; renato@advgh.com.br.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. III. *Retos temáticos del procesalismo constitucional*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

A comienzos del siglo pasado, el derecho constitucional incorporó entre sus temas los primeros estudios sobre los pioneros tribunales constitucionales europeos.¹ A partir de los años cincuenta, la expansión mundial de estos tribunales hizo que su modo especial de operar la jurisdicción despertase el interés del derecho procesal.² Desde entonces, de la alquimia de los estudios de constitucionalistas y procesalistas emergió el *procesalismo constitucional* como movimiento científico dedicado a la formación y desarrollo de los sistemas jurisdiccionales de solución de los conflictos normativo-constitucionales, inspirando a la formación de una disciplina jurídica autónoma: *el derecho procesal constitucional*.

Actualmente, se reconoce con más frecuencia la independencia del derecho procesal constitucional como disciplina, aunque siempre guardará con el derecho constitucional y con el derecho procesal, indisociable y eterna relación científica.

Mientras tanto, considerando las también inquietantes incertezas científicas y prácticas en torno de sus institutos, el derecho procesal constitucional aún carece de una sedimentación dogmática. Algunas de estas incertezas parecen repercutir en ciertos países latinoamericanos más que en otros. Es el caso del Brasil, donde el derecho procesal constitucional, a pesar de ganar espacio entre los doctrinadores (con la mayor presencia inclusive en las cátedras universitarias, mucho de ello por reflejar la intensa actuación del Supremo Tribunal Federal en la solución de conflictos de la más alta relevancia política y social en los últimos años), aún soporta resistencias para ser reconocido como una específica disciplina jurídica. Esa tendencia es visible al observar que aún son muchos los juristas brasileiros que no distinguen el derecho procesal constitucional del derecho constitucional procesal, lo

¹ Nos referimos a los tribunales constitucionales de Austria y de Checoslovaquia de 1920.

² Esa integración ocurrió con especial participación de los procesalistas científicos italianos, Couture, Calamandrei y Cappelletti (Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La ciencia del derecho procesal constitucional”, *Dikaion*, Colombia, n. 17, dez. 2008, pp. 97-129).

que presupone que no aceptan la idea de una rama específica del derecho procesal destinada a la instrumentalización de la jurisdicción constitucional.

Esa hesitación en cuanto a la científicidad del derecho procesal constitucional provoca inquietud, especialmente al depararse con indagaciones de quien es uno de los exponentes en el abordaje del derecho procesal constitucional, Néstor Pedro Sagüés. En uno de sus estudios, el conocido jurista argentino evalúa que la científicidad del derecho procesal constitucional aún es motivo de investigación, al considerar los desafíos que todavía se enfrentan a su respeto en el orden *espacial, metodológico e ideológico*.³ Estos desafíos colocan en cuestionamiento justamente la condición científica del derecho procesal constitucional.

Es cierto que no hay desafíos, tampoco recetas de validez universal en las sociedades políticas actuales. Cada contexto jurídico, por ser único y singular, es la instancia más apropiada para evaluar las debilidades y precariedades y así, para enfrentarlas, definir las agendas legislativas y jurisprudenciales. No por otra razón lo que se pretende con este estudio es apenas una *revisión doctrinaria multinacional* de algunos de los desafíos, comunes o no, del derecho procesal constitucional en continuidad de lo que ya hizo Néstor Pedro Sagüés, con el fin no propiamente de solucionarlos, sino de conocerlos mejor, para así avanzar un poco más en las discusiones sobre su solución, ya presente en diversas latitudes latinoamericanas.

Esa discusión parte del supuesto de que el derecho procesal constitucional ha superado etapas, yendo del surgimiento a la consolidación de su justificación, contenido mínimo y *nomen iuris* (como alternativa a las expresiones europeas “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”), por un enfoque que ya se puede decir tradicional de la defensa de la Constitución. Al mismo tiempo, parece sugerir una nueva etapa, la que identificamos por —y aquí está la tesis que se pretende exponer— una *simbiosis científica entre el derecho procesal constitucional (forma) y el derecho material constitucional (materia)*, referida por la necesaria interrelación cada vez más ventajosa a las Constituciones latinoamericanas, de modo que se pueda avanzar hacia una *dogmática procesal constitucional con las bases sustanciales del constitucionalismo latinoamericano*. Lo que se quiere aquí es desarrollar la idea de que el derecho procesal constitucional sólo se justifica si sus propósitos son los de lograr parámetros procesales suficientemente capaces de servir

³ Sagüés, Néstor Pedro, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, *Revista Jurídica del Perú*, n. 03, set. 1996, pp. 1-7.

al actual momento vivenciado en América Latina desde el final del siglo pasado de un *constitucionalismo transformador*.

Confirmados el objetivo y la hipótesis de este estudio, su desarrollo se divide en tres partes. La primera es más contextual, con alguna problematización del desarrollo de la justicia constitucional en América Latina desde un marco teórico bien definido, que, debemos adelantar, en estas últimas décadas ha sido central en esta región: el *procesalismo constitucional*. La segunda es la *referencia temática* a los retos de la doctrina procesal constitucional que aquí proponemos analizar, en lo que concierne a su elemento hoy esencial, que es la jurisdicción constitucional de protección de los derechos humanos ante la cláusula de democracia. De estos retos me ocuparé con mayor profundidad y extensión, pero que, adelanto, no son exactamente una novedad, pues han sido considerados en las discusiones científicas en diversas latitudes latinoamericanas,⁴ lo que hace de este estudio no una prognosis, sino, por el contrario, mucho más una *revisión doctrinaria*.

II. UN PARADIGMA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Hay que recordar que las décadas de los ochenta y los noventa marcan *annus mirabilis*⁵ de la transición democrática en América Latina, ya que tuvieron lugar abundantes reformas constitucionales.⁶ De tan significativas y amplias que fueron estas reformas, la doctrina las coloca bajo el rótulo de un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.⁷

⁴ Este ensayo es una adaptación de la participación del autor en el II Congreso Hispano-brasileño: Derechos Humanos, realizado en la Universidad de Valladolid, el 30 de junio de 2016.

⁵ Es una expresión latina aquí utilizada para señalar el periodo en que en todo el mundo surgieron nuevas Constituciones en un momento de ruptura con los regímenes comunistas y totalitarios. Véase Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 14, 2004, pp. 153-176; Rudolf Horn, Hans, “Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004, pp. 251-288.

⁶ “De los dieciocho Estados iberoamericanos con sistemas democráticos, en el periodo que va desde 1980 a 1999, doce de ellos han aprobado Constituciones totalmente nuevas” (*idem*).

⁷ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Política, justicia y Constitución*, Ecuador, n. 2,

Movimiento de ruptura con las dictaduras y la refundación democrática de esta región, el constitucionalismo latinoamericano reciente congrega importantes reformas constitucionales de actualización de las instituciones políticas latinoamericanas, orientada por el pluralismo político nacional (con la mayor participación civil) e internacional (con la mayor integración latinoamericana de naciones). También es marcado por reformas constitucionales que han permitido la apertura económica de América Latina, lo que contribuyó a la reducción de la pobreza, al incremento de la educación y al crecimiento económico.

En términos más jurídicos, estas reformas han posibilitado: (a) la refundación de la democracia, por el fin de las dictaduras civiles y militares (Brasil, Argentina), y de este modo una mayor participación civil en las decisiones políticas;⁸ (b) la ampliación de los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales y los mecanismos de protección (por ejemplo: Constitución brasileña, ecuatoriana); (c) el equilibrio de los poderes; (d) el combate a la desigualdad y exclusión social, con la valorización del plurinacionalismo. Todos objetivos reafirmados por Constituciones cuyas versiones son consideradas las mejores de la historia de cada país.

Hay un factor importante por detrás de esta convulsión de transformaciones constitucionales, que es la *juridificación del poder*, o sea, la *mayor sumisión del poder a la racionalidad jurídico-constitucional*, y este factor explica claramente la ascensión de la justicia constitucional latinoamericana. Hasta ahora, las Constituciones, y por ende la doctrina constitucional, se centraban en exceso en la figura del presidente.⁹ Si bien la fuerza del Poder Ejecutivo está en la base de la fundación del constitucionalismo latinoamericano, también es verdad que, con las grandes reformas, ha surgido la justicia constitucional como un nuevo actor para competir con el “hiperpresidencialismo”. Si no era desconocida, era coadyuvante, y poco a poco ha

2012, pp. 9-44; Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en Pérez González et al., *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387; 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, mai.-ago. 2013, pp. 285-305.

⁸ Por ejemplo, *referéndum* para activar la Asamblea Constituyente y aprobar las Constituciones; *referéndum* revocatorio presidencial; auto-convocatoria popular para plebiscito y participación popular en los proyectos de enmiendas.

⁹ Recuérdese que todos los países latinoamericanos, reflejando la influencia americana, son presidencialistas.

ganado espacio, buscando reequilibrar los poderes y, en ciertos momentos, ha desempeñado un protagonismo nunca antes visto. Y hay que decir que se ha desempeñado con gran personalidad institucional.

Es cierto que los sistemas de justicia constitucional latinoamericana muestran una dependencia de la cultura constitucional europea y estadounidense especialmente. Es una tradición que ha empezado tras la independencia política de España y Portugal, con el interés, primero, en las bases históricas de la Suprema Corte norteamericana como guardiana de la Constitución,¹⁰ y en tiempos más recientes, en el modelo europeo-kelseniano de jurisdicción constitucional concentrada.¹¹

Pero no por ello la región es una importadora pasiva. Con la misma intensidad con que estos institutos fueron recibidos, se han hecho completas reelaboraciones, a veces alejadas de forma casi total de los paradigmas. Esta originalidad ha rotulado a América Latina de “auténtico laboratorio constitucional”,¹² de fórmulas peculiares nutridas por las culturas locales, empezando por la osadía de conciliar los modelos tradicionales europeo y estadounidense.

La heterogeneidad geográfica, temporal, procedimental, dice Francisco Segado, es una pauta común reflejada en las normas nada homogéneas que tallan modelos tan variados de justicia constitucional en América Latina. Usando por lo menos tres modos distintos, Segado distingue en esta región: (a) *sistema de tribunal constitucional*: al modo de la Constitución peruana de 1993 de tribunal constitucional extra Poder Judicial;¹³ (b) *sistema de órgano*

¹⁰ Bajo la influencia de obras clásicas, como *La democracia en la América* de Alexis Tocqueville y *El federalista* de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, ha importado la doctrina del *judicial review*, de forma puntual, plasmada con matices propios en el control difuso de constitucionalidad adoptado en México en 1847, en Argentina en 1853, en Brasil en 1889.

¹¹ La primera en aproximarse más a ese modelo fue la Corte de Constitucionalidad introducida por la Constitución de 1965 de Guatemala. Es curioso que, aún en el siglo XIX, 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, adelantando características de lo que sería el control concentrado (García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Perú, Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 37).

¹² Fernandez Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004, p. 115.

¹³ Ha sucedido, guardando semejante estructura, al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución peruana de 1979. Otros países de este grupo, por ejemplo,

judicial especializado: en función jurisdiccional constitucional, pero inserido en el Poder Judicial (salas constitucionales);¹⁴ (c) *sistema de órganos judiciales no-especializados*: o sea, Poder Judicial en el desempeño de la justicia constitucional, arreglado de forma jerárquica, con un órgano máximo dotado de atribuciones de jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.¹⁵

Se observa, en este contexto, una importante apuesta a la justicia constitucional (y no al Poder Judicial en general) para enfrentar el gran “drama” del constitucionalismo latinoamericano: la ya muy arraigada cultura de desconfianza en la efectividad de los proyectos constitucionales y, por supuesto, de bajo constitucionalismo.

Desconfianza que aún no está superada. Si bien es cierto que muchos avances han ocurrido desde las últimas décadas, aún es elevado el grado de desconfianza en los poderes políticos latinoamericanos. Algunos datos pueden confirmar eso, como hace la conocida asociación *Latinobarómetro*,¹⁶ que analizó la confianza del ciudadano en relación con las cuatro principales instituciones políticas entre 1995 y 2015, siendo que sólo en 2015 el gobierno alcanzó 33%, el Congreso 35%, los partidos políticos 20% y el Poder Judicial 30%. La confianza en el Poder Judicial (y aquí incluimos la justicia constitucional) no supera 4 de cada 10 latinoamericanos; y si observamos sólo el criterio de edad, comparando 1995 y 2015, hay una reducción significativa en la confianza en el Poder Judicial entre las personas de más de 41 años (a las que se supone con más experiencia) de 15%.

son: Bolivia, con el Tribunal Constitucional Plurinacional; Chile, el Tribunal Constitucional; Colombia, la Corte Constitucional; Ecuador, el Tribunal Constitucional; Guatemala, la Corte de Constitucionalidad. En Brasil, la Constituyente de 1987 debatió la implementación de un tribunal constitucional, pero no ha logrado éxito.

¹⁴ Este formato procede de una solución política 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, 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*, n. 25, 2004, pp. 1-13). 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 este modelo son Paraguay, El Salvador, Venezuela y Nicaragua.

¹⁵ Tal es el caso de países como Brasil, Argentina, México, Panamá, Uruguay y República Dominicana.

¹⁶ Asociación en Santiago, dedicada a la medición de calidad democrática de esa región desde un punto de vista no normativo o institucional, sino funcional (mide la opinión pública).

Es claro que son datos que deberían ser analizados país por país, considerando la coyuntura de cada uno. En este caso, otro dato llama la atención. Hay una percepción legítima de la relevancia de la Corte Constitucional colombiana; sin embargo, es curioso que, en 2015, 35,6% de los ciudadanos no tenían ninguna confianza en el Poder Judicial, y 38,5% poca confianza.

Es importante reconocer que no son datos que revelen, y aquí dirijo más el pensamiento al centro de la exposición, el fracaso de las últimas décadas de expansión de los sistemas jurídico-constitucionales de protección de los derechos fundamentales en América Latina. Dimensionan, más bien, el tamaño del esfuerzo que aún les demanda a las comunidades. Y es aquí que el procesalismo constitucional, como principal movimiento científico de soporte de control jurisdiccional de la racionalidad en el uso de los poderes constitucionales, mucho tiene para contribuir, y cada vez más a medida que enfrenta y supera sus propios desafíos.

III. RETOS TEMÁTICOS DEL PROCESALISMO CONSTITUCIONAL

La última fase del desarrollo científico de la jurisdicción constitucional, como suele decir Domingos García Belaunde, o sea, su clímax, es el *derecho procesal constitucional*, como disciplina jurídica destinada al desarrollo de una base operacional para la justicia constitucional.

Con este propósito, el procesalismo constitucional vive un momento en que enfrenta el desafío de debatir la compleja y completa inserción de la justicia constitucional en el sistema democrático desde el enfático reconocimiento del perfil naturalmente desequilibrante del juez constitucional, reportado por Alexander M. Bickel por la conocida expresión “dificultad contramayoritaria”. Más que fomentar el debate, el procesalismo constitucional debe enfrentar cada vez más este problema y avanzar con la formulación de institutos y técnicas decisorias capaces de estimular el mayor consenso democrático en torno a la justicia constitucional. Este consenso se refleja en la movilización de las más variadas fuentes del derecho, desde la constituyente hasta la legislativa y la judicial, en un intento de reducir al máximo el hiato que aún se vive entre los objetivos políticos ambicionados y la realidad.

A ese respecto, se sabe que las decisiones de la justicia constitucional producen efectos diferentes dependiendo del grado de consolidación democrática. En general, en las democracias más consolidadas, sus decisio-

nes son observadas como “estimulantes” a los ojos de los demás actores político-sociales; en las democracias en consolidación, al contrario, se perciben como “perturbadoras”.¹⁷ Y, en este último caso, las decisiones de la justicia constitucional, que, sabemos, controlan a los demás poderes, pueden acarrear un efecto similar, pero inverso, o sea, el control de la justicia constitucional. Lo que se quiere decir es que decisiones perturbadoras de la justicia constitucional pueden provocar a los otros poderes a crear mecanismos de compensación o impedimento de su cumplimiento, o también la adopción de medidas destinadas a que no se repitan decisiones de carga política perturbadora. Contrariamente a lo que se puede imaginar, eso no es una desventaja, sino más bien una ventaja para la justicia constitucional, pues tiene la particular capacidad de influir, por sus decisiones, sobre el efecto que el sistema político-social tiene sobre ella misma. En esta situación, el derecho procesal constitucional tiene un papel clave, pues por sus categorías, institutos, metodologías y funciones pueden jugar a favor de la plena integración de la justicia constitucional en el sistema democrático, armonizándola cada vez más con los demás poderes, especialmente para los propósitos de eficiencia de la protección de los derechos humanos.

Toda esa problemática en torno de la justicia constitucional y la democracia pone el proceso constitucional en una posición científica más favorable para diferenciarlo de las demás ramas jurídicas, por su *objeto, metodología y funcionalidad*, al tomarla como condición central de su existencia, al mismo tiempo que en éstos están sus mayores retos.

1. Retos de orden sustancial

Aunque está en curso el problema de la definición de la extensión y contenido del derecho procesal constitucional, ¿dónde empieza y termina su estudio? Es una cuestión que se pone delante de las reglas y principios de contenido adjetivo (normas de proceso) que componen, con gran valor entre los países latinoamericanos, la llamada Constitución procesal.¹⁸ Sin embargo, en términos teleológicos, no son normas homogéneas, porque unas son dirigidas a realizar o permitir la jurisdicción constitucional, y otras

¹⁷ Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Desafíos*, Bogotá, n. 18, set. 2008, pp. 115-155.

¹⁸ Aquí se inserta la conocida diferenciación entre derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal introducida por Héctor Fix-Zamudio.

conforman categorías propias del derecho procesal.¹⁹ Considerarlas, todas, en el ámbito del derecho procesal constitucional sólo repercute una especialidad tamaña que imposibilita la concepción de una disciplina jurídica.

Lo cierto parece estar en la indicación del derecho procesal constitucional como “instrumento terapéutico”,²⁰ capacitado para sanar *patologías constitucionales*. Pero no está, aun así, a salvo de imprecisiones en cuanto a su objeto.²¹ Dependiendo de la línea a la que se une, su visión del contenido será más restringida o más amplia. Debate éste que, por cierto, interfiere en la dogmática de la disciplina y, en términos prácticos, pone en primer plano la definición del contenido, y refleja el problema de las fuentes del derecho procesal constitucional, analizado aquí bajo dos cuestiones interconectadas.

A. Codificación y auto-creación

Peter Häberle ha entonado la máxima del “derecho procesal constitucional como derecho procesal concretado”, para decir que “un tribunal constitucional debería vivir según sus *propias* reglas de actuación, adaptadas a sus funciones especiales y puede crearlas en partes”.²²

¹⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, p. 11.

²⁰ *Idem*.

²¹ Existen las siguientes tesis: (a) *restringida*: admite un contenido mínimo y esencial para asegurar la supremacía constitucional, considerado así el de naturaleza orgánica (magistratura constitucional) y procedural (procesos constitucionales); seguida por Néstor Pedro Sagüés (*Derecho procesal constitucional: recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 8); (b) *intermediaria*: incluye el estudio de los temas referidos por la tesis restringida, la de aquellos asociados a la jurisdicción constitucional orgánica (como el valor jurídico de la Constitución, el control de constitucionalidad, la interpretación constitucional, etcétera); seguida por Domingo García Belaunde (*op. cit.*, p. 51); la posición de Juan Colombo Campbell (“Funciones del derecho procesal constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 8, 2002, pp. 1-28) es intermedia, quien incluye el conflicto constitucional y sus formas de solución; el derecho procesal constitucional orgánico y el derecho procesal constitucional funcional; (c) *amplia*: incluye el estudio de las jurisdicciones constitucionales orgánicas, de la libertad transnacional; seguida por Mauro Cappelletti; (d) *amplísima*: todo el contenido anterior y aun agrega el estudio del debido proceso legal; posición de Osvaldo Alfredo Gozaíni (*Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni, p. 21).

²² Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004, pp. 15-44.

No sería una ponderación del todo provocativa si fuera alusiva a un sistema de *common law*. Sin embargo, la referencia es hecha a los tribunales constitucionales en el sistema germánico-romano en los que, como es sabido, prima el derecho legislado. Sin embargo, no es provocativa porque contradice el dogma de que sólo el Legislativo crea el derecho, pues ya pasó el tiempo del juez como un mero autómata, por ser la visión “legicéntrica” la espina dorsal de la estructura del Estado constitucional. La cuestión que se coloca es justamente la inversa: las normas procesales constitucionales creadas preferencialmente por el derecho judicial, en detrimento del derecho legislado, que, como bien se sabe, en general, sobre esta materia no hay una exhaustividad de textos.

Es un debate que pone en primer grado el problema de la *fuente del derecho procesal constitucional*, y, por detrás de ello, la reflexión actual sobre la *codificación procesal constitucional*,²³ muy común en los países latinoamericanos, principalmente a partir de la obra legislativa peruana, la Ley n. 28.237/04, que creó el Código de Proceso Constitucional de aquel país.

En oposición a esta tendencia está Europa, que parece confirmar la máxima de Häberle. En el Viejo Continente no existe el debate sobre la codificación del derecho procesal, justamente por la empatía con el movimiento opuesto, el de autonomía normativa de los tribunales constitucionales.²⁴ Son comunes en las Constituciones europeas las normas procesales constitucionales, aunque detalladas, en general, por los tribunales constitucionales, si no al menos por sus regimientos internos, por la actividad jurisdiccional.²⁵

La investigación de las razones de esta diferencia entre Europa y América Latina permite numerosas perspectivas, que no serán aquí tratadas, pero todas parecen no dejar de lado los largos períodos de inestabilidad político-social

²³ Es un debate que abarca tanto la posibilidad de *consolidación* como de *codificación propiamente dicha* del derecho procesal constitucional. A ese respecto, en Brasil, véase Bonavides, Paulo y Saraiva, Paulo Lobo, “Proposta: Código de Processo Constitucional”, *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010; Tavares, André Ramos y García Belaunde, Domingo, “Por que um Código Processual Constitucional?”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 16, out.-dez. 2010, pp. 17-33; Andrés Canosa, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Agencia Imperial, 2011, t. I.

²⁴ Véase Patricia Patrón-Rodrigues en el sistema alemán, “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal”, *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, año 21, n. 62, mai.-ago. 2001.

²⁵ La referencia al derecho procesal constitucional concretizado está más asociada a la idea de derecho reconstruido y reformulado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el proceso de decisión de los conflictos constitucionales.

de los países latinoamericanos. De hecho, la elección legislativa refleja los *retos de la codificación*.

No es difícil deducirlos dentro de la sociedad que ve con desconfianza al Legislativo, cuyas opciones regulatorias están sujetas a toda suerte de casuística política. No se puede dudar que el “Derecho procesal constitucional no es una disciplina políticamente neutra”,²⁶ por el contrario, es de alta temperatura política. Hay inflexiones ideológicas muy destacadas en la definición de los fines y sujetos, diagramación de los procesos, límites decisarios, entre otros aspectos que proyectan escenarios de confrontación y contestaciones. Por cierto, son inquietudes que no deben pasar por alto el hecho de que un código de proceso constitucional mediocre refleja una Constitución igualmente mediocre.

En este contexto, Pedro Sagüés²⁷ indica los retos de descender al plano legal el modo constitucional de protección de los derechos fundamentales, con las siguientes preguntas: (a) *impericia*: ¿países con grave crisis de representación democrática no incurrirían en riesgo de que malos legisladores alejen los procesos constitucionales de su finalidad precipua de defensa de los derechos fundamentales?; (b) *regresión*: ¿en vez del desarrollo, no ampliaría el riesgo del retroceso reciente de poca operatividad y burocracia?; (c) *conflicto*: ¿no se podría reavivar con peleas ya superadas, o al menos adormecidas, o la introducción de mecanismos discutibles?; (d) *esclerotización*: ¿es difícil evitar que el legislador, o por la regulación excesiva o por el deseo patológico de distanciarse de la realidad, pueda crear dificultades legislativas al operador y a los jueces de modo que el sistema de protección constitucional resulte inoperante delante de un formalismo exagerado del cual surge, como refirió Sagüés, “una suerte de jaula regulatoria”²⁸

Son preguntas de difícil respuesta acerca de en quién es mejor confiar: ¿en los legisladores o en los jueces?²⁹ Pero no hay duda de que, de modo alguno, entre auto-creación y codificación hay un innegable antagonismo. La coexistencia es posible, con mayor o menor discrecionalidad judicial. Un buen ejemplo es señalado en Perú. Esta fórmula permite la apertura

²⁶ Sagüés, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional”, en Palomino Manchego, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015, p. 18.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

que se le debe a la justicia constitucional para la función que le es especial de promover la inevitable *integración* del derecho procesal constitucional, delante de la natural insuficiencia legislativa de prever todas las hipótesis que sólo la realidad concreta pone en evidencia.

B. *Por un nuevo paradigma de la postulación constitucional*

En la otra punta relevante del problema de las fuentes del derecho procesal constitucional están sus operadores, o sea, los profesionales de la postulación constitucional. La fuerza creadora de la justicia constitucional impone a los abogados en general la necesidad de mayor capacitación para identificar, en las decisiones, *patrones argumentativos*, utilizados para la comprensión del propio sistema jurisdiccional constitucional y, por vía refleja, de la Constitución material. Para alcanzar tales patrones y continuar con la actuación creativa de la justicia constitucional, es preciso, por cierto, una inversión completa del modo de pensar el derecho procesal.

El simplismo con que el sistema jurídico de *civil law* interpreta y aplica el derecho refleja la conducta postuladora de los profesionales. En general, practicada bajo la lógica de la causalidad cercana y remota, conjugada con instrumentos de evidencia de hechos (prueba) y la indicación de las normas relevantes, al modo de un silogismo legal. Esa dinámica, mucho más próxima de la postulación ordinaria en que el parámetro de aplicación es la ley, debe ser repaginada por una mirada más atenta a la práctica jurisprudencial. En este contexto, las decisiones judiciales son productoras de *normas jurisprudenciales materiales y procesales* indispensables para el manejo del proceso constitucional. Debido a que tratan de problemas de gran implicancia política y fuerte contenido valorativo, tales normas no son meras abstracciones, sino el resultado de la interpretación constitucional a partir de la solución de problemas concretos.

Es, pues, tarea de la ciencia procesal constitucional convertir la práctica de la Constitución, leyes y jurisprudencia constitucionales en dogmática procesal constitucional. Una dogmática que sea capaz de ofrecer respuestas sobre el papel real de la justicia constitucional y de todos sus actores frente a la protección y concreción de los derechos fundamentales. Para esto, demanda un modo de comprender *cómo* es practicado e interpretado el proceso constitucional, más que el tradicional modo formal de extraer de la legislación la respuesta pronta para la solución del caso. Esa orientación

exige, al modo de Peter Häberle, la habilidad para reconstruir el derecho procesal constitucional a partir de una Constitución como *law in action*.³⁰ Aquí ocurre un enorme cambio, pues exige de los demandantes una racionalidad menos formal y más orientada por el contenido decisorio.

Ya observamos valerosas iniciativas académicas interesadas en *cómo* practica el proceso constitucional la justicia constitucional.³¹ Sin embargo, aún sorprende el *déficit* de investigación. Hay mucho a ser hecho en la reconstrucción del *derecho judicial procesal constitucional*. Lo que se quiere afirmar es que, después de un poco más de medio siglo de práctica y teorización, se llega a la madurez de racionalizar el proceso constitucional de forma más amplia que alcance además del juez constitucional, también al postulante. Dicho de otro modo, es tiempo de pensar la *capacidad postuladora constitucional como técnica procesal*, para habilitar mejor a los operadores para obtener resultados de realización efectiva de los bienes y derechos fundamentales.³²

Así, como una cuestión derivada de las fuentes del derecho procesal constitucional, se coloca el reto de la *formulación de un nuevo paradigma de la postulación constitucional*, que resulta de la fuerza creadora de la justicia constitucional y exige más atención, pues, a la práctica jurisprudencial, al modo de argumentar y de identificar los patrones argumentativos de las decisiones judiciales, aproximando así, en cuanto al modo de pensar, a los profesionales de los sistemas del *civil law* a aquellos del sistema del *common law*. Esa aproximación debe ser hecha con el desarrollo, según más adelante será referido, de una doctrina de los precedentes adaptada a los sistemas del *civil law*.

³⁰ Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004, pp. 15-44.

³¹ Algunas merecen atención: Castro, Marcus Faro de, “Política e Economia no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos”, *Caderno de Ciência Política*, Brasília, Departamento de Ciência Política e Relações internacionais, n. 7, 1993, pp. 1-59; Ribeiro, Ricardo Silveira, “Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004)”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, jan.-jun. 2012, pp. 87-108; Herani, Renato Gugliano, “Repercussão geral: uma análise empírica dos argumentos de reconhecimento”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 27, set.-dez. 2013, pp. 649-679.

³² Gana relevancia con la elevada cantidad de acciones en control concentrado que ni siquiera son conocidas por vicio de admisibilidad, por ejemplo, en Brasil. Entre 1988-2015 fueran juzgadas 2601 ADI's, siendo que 954 (o sea, 36,68%) no fueran admitidas, en general, por incumplimiento de la norma procesal constitucional.

2. Retos de orden metodológico

Los paradigmas del Estado típicamente liberal justificaban la semejanza del juez constitucional a un legislador positivo. No obstante, hay un nuevo ambiente constitucional de imposible, en términos dogmáticos, positividad apenas de la *Constitución formal*, puesta al margen la *Constitución material*.³³

Esa orientación —aquí supuesta— pone de relieve el derecho procesal constitucional, en la medida en que se espera de él que sea un repositorio de posibilidades de realización material de la Constitución, y eso presiona a una decisión metodológica que permita, como disciplina autónoma, pero no aislada, conciliar, más allá de los parámetros (para muchos pos-positivistas) de interpretación de la Constitución.

Está exactamente aquí el punto alto de lo que denominamos *simbiosis científica*. Convergentes en el proceso constitucional las máximas garantías de la orden constitucional, hay en él espacio para los nuevos paradigmas metodológicos que actúan en la apertura semántico-material de la Constitución.³⁴ Son recurrentes corrientes en esa línea en la justicia constitucional latinoamericana,³⁵ y han conducido al constitucionalismo de ese lugar a dimensiones inéditas. Afortunadamente, dice Miguel Carbonell, los teó-

³³ Síntesis alusiva a la “reconciliación entre el Derecho y la moral de la modernidad”, que incluiría las más diversas corrientes comúnmente llamadas pos-positivistas. Véase Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 23, 2000, pp. 161-195; Hesse, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, trad. de Carlos dos Santos Almeida e outros, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 96.

³⁴ Propiciada por principios y cláusulas abiertas, semánticamente vagas e indeterminadas.

³⁵ Como el positivismo sociológico en Duguit; la teoría de la integración de Rudolf Smend; la normatividad de Herman Heller; más actual, los métodos concretistas de Peter Häberle y Konrad Hesse; la teoría estructurante de Friedrich Müller. También, de manera significativa, aparecen teorías sobre derechos fundamentales. No es extraño en la academia y en las decisiones seguir las orientaciones de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky. Eso sin hablar de la normatización de la ponderación (artículo 489, § 2o., NCPC). Véase una investigación empírica sobre la doctrina en *Justicia constitucional en América Latina*: Pegoraro, Lucio et al., “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, *Universitas*, Bogotá, n. 128, jan.-jun. 2014, pp. 43-78; Tavares, André Ramos y Herani, Renato Gugliano, “A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (o projeto «A circulação da doutrina»)”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 32, mai.-ago. 2015, pp. 1103-1118.

ricos de América Latina están empezando a formar una visión moderna y regionalizada de los derechos fundamentales y de su protección.

Sin embargo, la doctrina evidencia que la ampliación de la función del juez constitucional en un espacio de seguridad democrática pasa por una “consolidación de métodos de trabajo”,³⁶ como parte indisociable de su legitimidad de actuación, en especial delante de los derechos fundamentales. Ahora, la consistencia y el refinamiento de esos métodos unen los avances de la hermenéutica de los derechos fundamentales al adecuado medio para su desempeño. Es aquí que se exhorta la dogmática del proceso constitucional de alejamiento de las vicisitudes de esos nuevos paradigmas hermenéuticos para, antes, ser la resonancia positiva de esa metamorfosis metodológica. Debe reflejar en sus institutos, métodos y técnica decisoria la evolución de los conocimientos sobre el concepto y fuente del derecho, la convivencia entre los poderes, las nuevas funciones del Estado, las formas de autoprotección de las Constituciones y la judicialización de los conflictos constitucionales.

Así, está en lo correcto César Astudillo al traer, en alternativa al predominio del campo procesal o constitucional, o sea, al *monismo metodológico*, el problema del derecho procesal constitucional capaz de realizar sus finalidades y expectativas, por una experiencia metodológica abierta a los nuevos paradigmas de comprensión de los derechos fundamentales, surgidos de la teoría de la Constitución, de la argumentación constitucional, de la justicia constitucional, de las fuentes del derecho y de la teoría general del proceso. Es una idea que presiona, al fin, al derecho procesal constitucional al *pluralismo metodológico*, trazo esencial, como fue dicho, de la cultura de la sustancialidad del derecho.³⁷ En esa línea, Néstor Pedro Sagüés trae la tridimensionalidad del derecho al proceso constitucional. Propuesta que aporta nuevas concepciones al *conflicto constitucional* y al *proceso constitucional* en un dominio de inversión de una justicia constitucional íntimamente formalista y reducida al control de procedimiento.³⁸

³⁶ Tavares, André Ramos, *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 66.

³⁷ Astudillo, César I., “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8, 2007, pp. 41-87; Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 1-13; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008, p. 134.

³⁸ Véase Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús, *El juez constitucional*, México,

A. *Conflictos constitucionales materializados*

La interpretación material de la Constitución rechaza la aproximación positivista formalista del conflicto constitucional, de solución cifrada en operaciones de abstracción normativo-conceptual, cuya corrección está disociada de valores y hechos sociales, porque la concibe como un conflicto internormativo problemáticamente orientado por la situación histórico-concreta. Bajo dicha concepción, no es comprendido por textos conflictivos al margen de la tensión de la realidad que los subyace, de interminables relaciones de fuerza política, social y económica. Sin embargo, en ciertos momentos, parece que la justicia constitucional aún titubea en admitir la superación del dogma de la no-remisión fáctica en el conflicto constitucional deducido de la justicia constitucional concentrada.

Parece más contributivo, en ese paso, un proceso constitucional con categorías plenamente integradas e integradoras de la realidad del país, o sea, un repositorio de la *materialidad normativo-constitucional*.³⁹ Esta concepción ya se refleja en el gran incremento de las demandas constitucionales y de la fundamentación de los fallos en las últimas décadas,⁴⁰ y es aquí que se pone la atención por lo que parece ser una de las principales remodelaciones del proceso constitucional: la instrumentalización del control de evidencias.

B. *Sistema probatorio en el proceso constitucional*

Al admitir la norma como unidad materialmente determinada, pues es co-constituida por la realidad, el derecho procesal constitucional debe, a dicha condición, respuesta con medios para posibilitar el *control de evidencias*

UNAM-SCJN, 2009, t. I; Landa Arroyo, César, *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2003, p. 437.

³⁹ Trae una aproximación, por ejemplo, con el caso objeto de la llamada *declaración del estado de cosas inconstitucionales*. Técnica decisoria inicialmente utilizada por la Corte Constitucional de Colombia para declarar el estado de cosas (sistema penitenciario) inconstitucional (T-153 de 1998). Esta misma providencia fue interpuesta en el Brasil, vía ADPF 347; también en Perú (Sent. T-025 de 2004). En términos analíticos, supone un conflicto constitucional materializado, o sea, problemáticamente orientado por una situación concreta de funcionamiento de la administración pública de grave y masificada violación a los derechos fundamentales, por fin, por un complejo problema estructural y social de política pública.

⁴⁰ Atienza, Manuel, “Argumentación jurídica y estado constitucional”, *Anales de Jurisprudencia*, México, n. 261, 2003, pp. 353-369.

fácticas. Es lo que, como he dicho, trae la prueba a la urgencia en el proceso constitucional,⁴¹ y, así, la inquietud delante de la visión reduccionista y exclusivista de ese instituto.⁴² En ese campo, la prueba adquiere un fin hasta entonces inexplotado: la de evidencia no sólo de hechos subyacentes (propio del discurso de aplicación), sino también de materialidad constitucional, y eso la desplaza, con igual vigor, hacia el discurso de la validez del derecho;⁴³ luego, se tiene un nuevo rostro de la prueba.

En términos prácticos, es tiempo de preguntarse por un sistema de pruebas en el proceso constitucional, máxime en el control “abstracto de inconstitucionalidad”.⁴⁴ Esto implica reconocer nuevos papeles sociales, que se han visto en sistemas latinoamericanos, tales como: (a) *amicus curiae*: es recurrente para calificar las personas, físicas o jurídicas, de reconocida competencia en materia de conflicto constitucional cuando son llamadas a participar;⁴⁵ está asociado a la pluralidad participativa por “opiniones” o “sugerencias” sobre aspectos jurídicos, por cierto, algo positivo, pero aún hay resistencia a atribuirle valor demostrativo o de averiguación, luego, de “prueba-sujeto” de las razones fácticas del conflicto constitucional; (b) *audiencia pública*: debe ser estimulada, y no sólo para el debate jurídico, sino también para inducciones de expertos sobre evidencias empíricas; no se trata de transformarla en un laboratorio de investigación, sino en un *locus* abierto

⁴¹ “La tesis de la admisibilidad del ingreso de los hechos en el proceso objetivo aflora en el campo de la *producción de las pruebas*” (Tavares, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 398).

⁴² Günther, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18, 1995, pp. 271-302.

⁴³ O sea, actúa no sólo en la premisa menor, sino, antes, en la construcción de la normatividad constitucional.

⁴⁴ Por ejemplo, como existe en el Código Procesal Constitucional peruano, aunque aporte indicación indirecta (artículo 119, solicitud de información), y en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (artículo 13-A, RA 095-2004-P-TC); también el Reglamento de la Corte Constitucional colombiana trae una cláusula genérica de pruebas en el artículo 58. Véase Giacomette Ferrer, Ana, “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II, pp. 287-326.

⁴⁵ Su empleo ocurre en gran escala en ciertas instancias judiciales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Supremo Tribunal Federal (Brasil), la Suprema Corte de Justicia (Argentina), el Tribunal Constitucional (Perú), la Corte Constitucional (Colombia), el Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), entre otros.

a la discusión técnico-científica sobre los resultados obtenidos, y propiciar al juez constitucional la convicción sobre la corrección de los hechos y razones legislativas de un punto de vista de relevancia en la construcción de la norma constitucional;⁴⁶ (c) *testimonio pericial*: importante para la evidencia no sólo del hecho individual (*a priori*), sino también del hecho genérico legislativo (*a posteriori*).⁴⁷

3. Retos de orden funcional

El derecho procesal constitucional, receptivo a la multiplicidad de métodos de trabajo, en el ámbito de los derechos fundamentales, hace relevante otras cuestiones, no de orden propiamente orgánico-institucional, sino de funcionalidad, orientada para la mayor eficacia y efectividad en la actuación decisoria de la justicia constitucional.

Se trata de una perspectiva que ha motivado especial atención en América Latina, con discusiones sobre las bases, efectos y límites de la actuación de los actores esenciales del proceso constitucional y, es claro, en una posición central del juez constitucional. Por ocupar el núcleo de un espacio crítico de canalización y ponderación de valores, como de intereses a veces conflictivos y viabilizar la pluralidad dialéctica, el proceso constitucional presupone, en términos estructurales, un *modo particular de articulación* del juez constitucional con los varios intérpretes. Problema que de manera renovada toca la legitimidad democrática del juez constitucional, porque, dice Néstor Pedro Sagüés,⁴⁸ señala el reto de su convivencia armónica y estimulante en el sistema político.

A continuación, hago algunos análisis considerando el modo por el cual el juez constitucional se articula con el juez ordinario, los demás poderes, el juez transnacional y el ciudadano, en el desempeño de su función jurisdiccional constitucional.

⁴⁶ La audiencia pública está prevista en Brasil (artículos 90., § 10., Ley 9.868/99), Perú (título VI, RA 095-2004-P-TC), Bolivia (artículo 61, Ley 027/10), Colombia (artículo 59, Reglamento Interno).

⁴⁷ El sistema brasileño posibilita “designar perito o comisión de peritos” en el control concentrado (artículos 90., § 10., Ley n. 9.868/99), aunque nunca la haya utilizado. En México, fue utilizado en la Acción de Inconstitucionalidad n. 146/07 en el caso sobre el “derecho a la vida del producto de la concepción”.

⁴⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 1-13.

A. *Articulación con el juez ordinario*

Aunque indisociables por la unidad de la Constitución, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria poseen, cada una, una dinámica propia de funcionamiento. Como ocurre con frecuencia en los modelos duales o híbridos de América Latina, la primera monopoliza y soluciona en definitiva el conflicto constitucional, y eso vuelve más difícil la convivencia entre las jurisdicciones. El mayor reto está, o en la falta de canales de comunicación, o, si existen, en la alta tensión entre jueces constitucionales y jueces ordinarios, a punto de crear el riesgo de fisuras en la salvaguarda de la Constitución y, por lo tanto, de los derechos fundamentales.

En este contexto, la preocupación mayor está en la *distribución de competencias* y en la *articulación de la convivencia* de las jurisdicciones. El problema es que la equilibrada armonía entre el juez constitucional y el juez ordinario es tanto más difícil cuanto más sofisticados son los sistemas de constitucionalidad, como lo es el caso de América Latina.

A ese propósito, es importante antes considerar que lo que parece ser un reto solamente latinoamericano, en realidad no lo es. Raúl Canosa Usera advierte, en relación al sistema español, que “no hay mecanismos que aseguren la supremacía de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la realizada por los tribunales ordinarios”.⁴⁹ Eso pone en evidencia, nos dice Pablo Pérez Tremps, el problema de “garantizar la unidad interpretativa de la constitución”, no alcanzable por “mecanismos dispares de interpretación constitucional independientes”.⁵⁰ Luego, si bien es necesario un tribunal de clausura de la unidad interpretativa, como son el tribunal constitucional o los tribunales supremos, también es indispensable una *estructura procesal de resonancia de esa unidad*.

Es en ese punto que digo que, en general, América Latina, aunque desafie el mejor modelo de articulación, sufre, *grosso modo*, no su escasez, sino su complejidad, pues su originalidad en desarrollar sistemas en que el control difuso y el concentrado (con competencia entremezclada en un órgano autónomo *ad hoc*⁵¹ o en un órgano de cúpula del Poder Judi-

⁴⁹ Canosa Usera, Raúl, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 1, 1998, pp. 11-46.

⁵⁰ Pérez Tremps, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003, pp. 29-39.

⁵¹ Como ocurre en Perú, Bolivia y Colombia.

cial)⁵² hace de la articulación de las jurisdicciones para una unidad interpretativa de la Constitución un problema aún más frecuente y preocupante.⁵³

Sin embargo, se percibe que este problema viene siendo enfrentado en los más variados modelos de jurisdicción constitucional existentes entre los países latinoamericanos con *el fortalecimiento del valor normativo de la interpretación constitucional del órgano central de la Justicia Constitucional*. De hecho, no hay otra alternativa para dar coherencia a la natural multisigificación de la Constitución y, por consiguiente, controlar la vulneración de la universalidad de los derechos humanos, aún más cuando todo juez es constitucional en sistemas de derivación romanística privado del principio del *stare decisis*.⁵⁴

En una perspectiva comparada, se observan entre las formas de distribución de competencia las reglas: (a) *de momento*: con la división del control preventivo en la jurisdicción constitucional concentrada, y el represivo en la jurisdicción común;⁵⁵ (b) *de tipo de proceso*: acción de inconstitucionalidad en la jurisdicción constitucional concentrada, y las acciones constitucionales intersubjetivas en la jurisdicción ordinaria;⁵⁶ (c) *del acceso y secuencia procesal*: la jurisdicción constitucional concentrada es accionada por vía de acción, y la jurisdicción común acciona, por vía de excepción, la cuestión de inconstitucionalidad de oficio⁵⁷ o por provocación. Y, entre las formas de articulación, una graduación de la intensidad del valor normativo de las decisiones constitucionales: (a) *otorgamiento de eficacia y efectos espaciales y temporales especiales* a las decisiones del órgano central de la justicia constitucional; (b) *competencia de revisión* de las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios; (c) *reglas de precedentes constitucionales*.

⁵² Como ocurre en Brasil, Uruguay, Ecuador, Venezuela y Paraguay.

⁵³ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 1-13.

⁵⁴ Cappelletti, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999, p. 74.

⁵⁵ Como ocurre en Chile, en el que el control concentrado está en el Tribunal Constitucional, y el difuso, en la Corte Suprema, como última instancia.

⁵⁶ Como es el caso del Perú; en Brasil, las acciones constitucionales en control concentrado se tramitan en el Supremo Tribunal Federal, que también es instancia revisora u originaria del control difuso y de las acciones constitucionales intersubjetivas.

⁵⁷ La Corte Constitucional colombiana se abre para el análisis de la constitucionalidad de dispositivos que no son objeto de acción pública de inconstitucionalidad (véase la Sentencia 113-93); además, hay mandato constitucional para el control de constitucionalidad de los decretos de gobiernos editados durante el estado de excepción.

les; (d) regla de la doctrina constitucional: concientización del deber de respeto a la doctrina del tribunal constitucional por los jueces ordinarios; (e) *estabilidad jurídica de las decisiones constitucionales.*

Esas formas han promovido avances en el fortalecimiento de la actuación de la justicia constitucional sobre las instancias ordinarias, al punto de causar hoy, en la opinión de muchos, la hiperautoridad del juez constitucional como si fueran verdaderos gobernantes (jurisdiccionales) del Poder Judicial,⁵⁸ lo que ha desafiado ciertas problemáticas, como: (a) suspensión de conquistas constitucionales de orden institucional (problemas de política judicial) y de orden fundamental (problemas de derechos fundamentales); (b) transmutación de sistemas latinoamericanos de derecho legislado, con una aproximación a los modelos de *common law* (problemas de fuente del derecho); (c) presión al déficit de legitimidad del Poder Judicial.⁵⁹

De cualquier modo, no hay ósmosis institucional, por mejor que sea la técnica de articulación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, sin la firme voluntad de decorosa convivencia entre ambas, o sea, sin el *affectio cum viver*, que pasa, en muchos lugares, por la ruptura de la resistencia por parte de los jueces ordinarios a la cultura de la constitucionalidad. Es preciso explicar un poco más esa crítica a los sistemas jurídicos latinoamericanos.

En general, la independencia del Poder Judicial es vista apenas como un problema inter-poderes. El juez es independiente si en el ejercicio de la judicatura no está bajo la influencia o control de otro poder. Olvidamos, a veces, que hay otra faceta concerniente a la independencia de un punto de vista interno, hoy de dimensiones relevantes en América Latina: *la política judicial de interferencia decisoria.*

En esa línea, en un estudio publicado, Keith L. Rosenn señala: “Pedir que en América Latina los jueces declaren leyes inconstitucionales con efecto *erga omnes* es precipitarlos a asumir un papel político para el cual no se encuentran preparados por falta de temperamento y experiencia”.⁶⁰

La falta de experiencia es, por supuesto, una realidad en América Latina, si consideramos la tradición del modelo del derecho legislado en esta

⁵⁸ En Brasil, esa percepción está sintetizada en la expresión empleada por Oscar Vilhena de *Supremocracia* (“Supremocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, jul.-dez. 2008, pp. 441-464), en referencia a la autoridad del Supremo Tribunal Federal en relación con las demás instancias del Poder Judicial.

⁵⁹ Tavares, André Ramos, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁰ Rosenn, Keith L., “The protection of judicial Independence in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, n. 1, 1987, pp. 1-35.

región.⁶¹ En el sistema del *common law*, los jueces ya son preparados desde los bancos universitarios para soportar la presión de otros jueces por la doctrina del *stare decisis*.

La segunda causa —el temperamento del juez—, más de orden socio-lógico, señala un aspecto común a la personalidad del magistrado latinoamericano: la desconfianza de la doctrina del *stare decisis*, enraizada en la cultura de la decisión insular, no en términos, es claro, de la arbitrariedad, sino de la libre, y sin restricciones, convicción judicial. Tal vez esté aquí, en la falta de una pedagogía de los precedentes, la dificultad de suplantar las barreras a la implementación en algunos países de una política de los precedentes constitucionales.

En estos lugares, en particular cito al Brasil, hay un efecto interesante cuando el problema está en fortalecer la vinculatividad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal. Mientras el uso del precedente es una acción con ojos retrospectivos, en la que el juez considera las decisiones pasadas una mera orientación a seguir o no según su convicción, bien se acepta como una práctica natural. Al transformarlo en una acción con ojos prospectivos, en el sentido de una obligación de acatamiento para casos venideros, entonces todo cambia, y se vuelve una cuestión de política judicial de difícil balance. Es en ese sentido que históricamente llama la atención el temperamento del juez de resistir a la primera amenaza a la libertad decisoria irrestricta, vale decir, sin la interferencia de ningún otro juzgador. Al respecto, también en alusión al Brasil, Luiz Guilherme Marinoni (2014: 56) habla del análisis sociológico para explicar “la falta de respeto a los precedentes constitucionales” por la “búsqueda en los factores que estimularon y aun estimulan la incoherencia y la irracionalidad”.

Esa cuestión sobre la atención hacia el *temperamento* del juez, la primera amenaza a la libertad decisoria ilimitada (es decir, sin interferencia de otro juzgador), parece ser central en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. En una visión comparada de América Latina, es posible clasificar ese aspecto bajo la óptica del valor normativo de los precedentes constitucionales:⁶² (a) temperamento judicial de *baja* creación de un estatuto judicial de los precedentes vinculantes, con *alta* disposición legislativa

⁶¹ En el sistema del *common law*, los jueces ya son preparados, desde los bancos universitarios, a soportar la presión de otros jueces, eso por la doctrina del *stare decisis*.

⁶² Esa clasificación es embrionaria, pues considera apenas cuatro países latinoamericanos (Brasil, Argentina, Colombia y Perú), y por eso es provisoria.

de disciplinarlos;⁶³ (b) temperamento judicial de *errática* creación de un estatuto judicial de los precedentes vinculantes, sin *ninguna* disposición legislativa;⁶⁴ (c) temperamento judicial de *intensa* creación de un estatuto judicial de los precedentes, con también *intensa* disposición legislativa (y aquí existe la mayor aproximación de la doctrina tradicional a los precedentes vinculantes).⁶⁵

Lo que se pretende en este corto espacio de análisis es reafirmar la idea de que la efectividad de la protección de los derechos humanos está condicionada al aumento de la fuerza normativa de las decisiones de la justicia constitucional. Para ello es preciso un radical cambio de mentalidad y cultura jurídicas de América Latina, no sólo por parte de los operadores del derecho, sino de toda la sociedad. Ese giro sólo se alcanzará, a mi parecer, con la intensificación de un diálogo latinoamericano sobre un *derecho de los precedentes constitucionales*.

No estoy aquí para defender la conformación expresa y directa de la regla del *stare decisis*, ni la irrestricta fuerza normativa de las decisiones de la justicia constitucional a salvo de controles democráticos. Defiendo que, con la ascensión de la justicia constitucional en países de cariz *civil law*, mucho por su protagonismo en la defensa de los derechos humanos en el plano interno de los Estados, la idea de una mayor vinculatividad de las decisiones constitucionales es un refuerzo necesario para la mayor eficacia de los proyectos constitucionales. Bajo esta óptica, países como Perú, Colombia y Argentina han practicado la vinculatividad de la *ratio decidendi* de las decisiones constitucionales como regla básica, en vista de un paso que se estimó necesario y, hoy, se puede decir, ya dado para colocar el poder jurisdiccional constitucional en la dirección de una autoridad moral y política sobre la constitucionalidad de los actos de los demás poderes, y así del papel que le cabe en la consolidación de la democracia latinoamericana.

⁶³ Como parece ser en Brasil, con los institutos creados por el constituyente derivado de la Sumula Vinculante y Repercusión General y reglamentado por ley.

⁶⁴ Como parece ser en Argentina, según conclusiones extraídas de los estudios por Alberto F. Garay (“El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 2, 1997, pp. 51-108) y María L. G. Tocci (“Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Jurídica UCES*, 2014, pp. 139-155).

⁶⁵ Como parece ser en Colombia, pero principalmente en Perú, con el instituto de los precedentes vinculantes.

B. Articulación con el juez transnacional

Otro reto actual se refiere a la coexistencia armónica entre la justicia constitucional nacional y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, principalmente a partir del sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.⁶⁶

Uno de los trazos más relevantes de esta coyuntura actual en el constitucionalismo democrático está, a partir del postulado del pluralismo universal de los derechos humanos, en la dilución del *status activus processualis* del estatocentrismo en el supraestatismo, con la multiplicación de instancias jurisdiccionales —nacionales y supranacionales—.⁶⁷ Al mismo tiempo que la tutela multinivel de los derechos fundamentales es beneficiosa, ha planteado dificultades prácticas en torno a la *coordinación y cooperación* del juez transnacional con el juez nacional. Es un tema que interesa al llamado *control de convencionalidad*,⁶⁸ por sus facetas interna y externa⁶⁹ de articulación entre el sistema comunitario y los sistemas nacionales. Juega

⁶⁶ En el actual contexto latinoamericano, los derechos fundamentales están bajo la salvaguarda del sistema iberoamericano de protección de los derechos humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos instituidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

⁶⁷ Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zalvidar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, t. IV, pp. 421-442.

⁶⁸ Lo que indica la doctrina, el primer uso de la expresión *control de convencionalidad* en el ámbito de la CIDH fue del juez Sergio García Ramírez, en su voto en el caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, en alusión a la idea de que esta Corte sería una suerte de tribunal constitucional supranacional o convencional (Bazán, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Bazán, Víctor y Nash, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Chile, Centro de Derechos Humanos Konrad Adenauer, 2012, pp. 17-55).

⁶⁹ La faceta nacional se opone a la internacional, según fue pronunciado en el caso decidido por la CIDH, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*. La faceta internacional concibe el control de los hechos internos (leyes, actos administrativos y judiciales) con las normas de la Convención y resuelve sobre la existencia de compatibilidad para determinar la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento, por ejemplo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ya aquella es la perspectiva interna, señalando a los magistrados nacionales, en especial a los constitucionales, el examen de la convencionalidad, o sea, de los mismos tratados internacionales en relación con el derecho interno.

con la incógnita de la convivencia de niveles no homogéneos y, al mismo tiempo, aplicables por todos los operadores de la jurisdicción constitucional (interna y transnacional) y de la jurisdicción ordinaria.

Esa problemática desemboca en la dificultad de establecer las condiciones en que los derechos fundamentales comunitarios sirven de *parámetro de control de las normas internas*, lo que nos conduce a un concepto clave en esta narrativa, adecuado también para Europa, que es la “conexión comunitaria”.⁷⁰ Ese concepto puede ser trabajado según el grado de determinación del valor normativo de las decisiones constitucionales transnacionales en relación con los ordenamientos nacionales, de tal modo que se puede pensar en: (a) *conexión comunitaria por coordinación*, en la que se cuestiona el valor vinculante de las decisiones transnacionales y sus variaciones técnico-institucionales, para dar efectivamente cumplimiento a las decisiones de la CADH; (b) *conexión comunitaria por cooperación*, cuyo reto está en la intensificación de un “diálogo jurisprudencial” entre las jurisdicciones nacional y supranacional, para llevar adelante una interpretación según las decisiones de la CADH.

El derecho procesal constitucional puede contribuir en mucho para la diagramación de esas conexiones comunitarias por coordinación y por cooperación entre la jurisdicción constitucional nacional y la jurisdicción constitucional transnacional. Desde una perspectiva funcional, debe acoger parámetros procesales constitucionales que hagan que el Poder Judicial observe cada vez más el principio de la convencionalidad. Para ello, es preciso avanzar hacia un modelo de control de convencionalidad plenamente integrado con el modelo internacional (cuyas líneas generales son establecidas por la CIDH) sin, es claro, descuidar las particularidades de cada sistema jurisdiccional constitucional nacional.

C. Articulación con los demás poderes políticos

Llevada por factores históricos que no permitirían aquí su detalle, desde mediados del siglo pasado, con avances y retrocesos, América Latina ha alimentado cada vez más lo que a veces es referido de manera crítica: *el activismo de la justicia constitucional*. Visto como un mayor compromiso o complicidad con la Constitución, se puede decir que “el juez toma todas las normas

⁷⁰ Sospedra Navas, Francisco José, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Civitas, 2011, p. 119.

constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los derechos fundamentales”.⁷¹ Con eso, bajo la crítica de la invasión al espacio político-partidario, debates inflamados se vuelven más habituales.

Dos corrientes polarizan el debate sobre los límites de la justicia constitucional. De un lado, la autocontención (*self-restraint*) respecto a los demás poderes;⁷² de otro, el activismo judicial. Esta polémica desemboca en el problema muy sensible en América Latina de una coyuntura política de “deslegitimación performática” del Legislativo y del Ejecutivo que vuelve las funciones de defensa de la Constitución el último reducto protector de los derechos humanos en el plano doméstico. La exclusión del papel concretizador de derechos fundamentales del juez constitucional es dogmáticamente inadmisible, pues llevaría a la retirada de los pilares de sustentación de los proyectos constitucionales latinoamericanos.

Sin embargo, aun en el actual constitucionalismo latinoamericano, como bien advierte Walter Claudius Rothenburg, “la afirmación de los derechos fundamentales no se consigue apenas con la jurisdiccionalización de las reivindicaciones”, y la “jurisdicción no debe pretender monopolizar la concretización de esos derechos”. Esta afirmación es importante porque señala la imprudencia de someterse a las consecuencias de un activismo judicial sin dimensionarlas y encaminarlas en términos políticos y jurídicos. El correcto encuadramiento no está en la polarización extrema del debate que imprime un antagonismo, donde, en verdad, debería haber complicidad entre esas dos corrientes.

Se observa que el extremismo sólo trae dos hipótesis. La *irrestricta autocontención* puede provocar la deslegitimación de la justicia constitucional, ya que la retira de campos socialmente relevantes en los que se espera la intervención jurisdiccional más aguda para la efectivización de la Constitución.⁷³ Ya el *intransigente activismo judicial*, en el cual se observa

⁷¹ Carbonell, Miguel, “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Jurídica*, 2011, pp. 207-225.

⁷² “Clámase por (por la vuelta de) una teoría compatible con el espacio «propio» (=exclusivo) del Parlamento en la toma de las decisiones (supuestamente políticas)” (Tavares, André Ramos, “O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, abr.-jun. 2007, pp. 9-28).

⁷³ La tesis de la autocontención fue concebida inicialmente en el modelo estadounidense y transportada sin mayores preocupaciones, por diversos autores, al modelo de matriz austriaca (Tribunal Constitucional *tout court*) y ahora es debatida en América Latina (*idem*).

la actuación sustantiva extrema de la justicia constitucional (luego con un papel más invasivo e intervencionista en lo que concierne a los compromisos constitucionales, monopolizando los hechos sociales), da margen para la constitucionalización excesiva del ordenamiento jurídico,⁷⁴ con la asfixia y ausencia de consideración de los demás poderes, llevando a una peligrosa atrofia institucional por desuso. La judicialización de más o de menos deslegitima a la justicia constitucional.

Parece, en este paso, que el camino está en “modificar la percepción de las decisiones jurisdiccionales por parte de los actores políticos de «perturbadora» a «estimulante»”.⁷⁵ Eso implica renovar el papel de la justicia constitucional, que si bien fue determinado para la estricta limitación del gobierno, es inevitable, en Estados de vulneraciones sociales, una postura jurisdiccional activista. Al mismo tiempo en que debe ser intransigente con los abusos del poder, debe también, lo que parece ser esencial, posibilitar y fomentar el gobierno democrático, con decisiones capaces, en el decir de Dieter Nohlen, de “orientar la actuación de los poderes políticos y ayudar así a generar usos y comportamientos tanto en el ejercicio del poder como en la sociedad”.⁷⁶

Se abre, bajo esa orientación, hacia visiones intermedias, que hablan, a ese respecto de *intensidad leve o estricta del control constitucional sobre el legislador*,⁷⁷ *balanceada*,⁷⁸ *diálogo interinstitucional*⁷⁹ o aun de *activismo*

⁷⁴ Leonardo Martins alerta para no “saludar el fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico”, pues implica “judicializar la política” (*Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, trad. de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 96).

⁷⁵ Nohlen, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Desafíos*, Bogotá, n. 18, 2008, pp. 115-155.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Sánchez Gil, Rubén, “La intensidad del control constitucional sobre el legislador”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II, pp. 583-606.

⁷⁸ Landa Arroyo, César, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 4, 2000, pp. 173-204. A propósito de esto, César Landa cita la experiencia de esta corriente en Perú: Acción de Amparo, EX 340-98-AA/TC y EX 358-98-AA/TC.

⁷⁹ Rothenburg, Walter Claudio, “A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional”, en Clemerson Clève et al. (orgs.), *Direitos humanos e democracia*, Rio de Janeiro, Martins Fontes, 2007, pp. 429-440.

*jurisdiccional prudente y previsor.*⁸⁰ Visiones que, esencialmente, han buscado correctamente la reducción de los espacios de impenetrabilidad del control de constitucionalidad de las *political questions* por juicios ponderativos apoyados en razones prácticas que evitan lesionar la división de poderes, al mismo tiempo que controlan la deslegitimación de la justicia constitucional. El reto está justamente en los *criterios de densidades* entre el activismo y la autocontención, en un movimiento de modulación del poder de constitucionalidad, para la definición de espacios e intensidades de actuación del juez constitucional.⁸¹

En este contexto, hay repercusiones prácticas en referencia a cuestiones que, en términos procesales, llevan a la exploración por la justicia constitucional de terrenos movedizos. Expresión alusiva a movimientos que si por un lado miran la mayor eficiencia en la efectivización o realización de los derechos fundamentales y la celeridad de la jurisdicción constitucional, por otro presionan la estabilidad de los poderes por la extensión funcional de la justicia constitucional. Implican cuestiones de maximización de la jurisdicción constitucional sobre las cuales debe pesar el equilibrio y la racionalidad, tales como: (a) la *fiscalización ex officio de la constitucionalidad del acto normativo*⁸² por cualquier juez o sólo por el órgano máximo de la justicia constitucional; (b) la *corrección jurisdiccional de la omisión constitucional*, especialmente contra el grave déficit en materia de derechos fundamentales, y el control de políticas públicas; (c) las *técnicas de pronunciación de la inconstitucionalidad (sentencias típicas y atípicas) y modulación de los efectos*.

D. Articulación con el ciudadano

Hay muchos mecanismos de articulación del juez constitucional con la sociedad para aproximarla cada vez más al ciudadano, y así sedimentar aún

⁸⁰ Bazán, Víctor, “Derecho procesal constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina”, *La Ley-Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 27, 2007, pp. 89-112.

⁸¹ Para un estudio más profundo de estos criterios: Thamay, Rennan Faria Krüger y Herani, Renato Gugliano, *Jurisdição Constitucional Concentrada*, Curitiba, Editora Juruá, 2016, p. 185.

⁸² Como se discute en Brasil, con la cuestión de la *causa petendi* abierta en el control concreto y, principalmente, difuso (RE 298.694/SP, RE 172.058/SC, RE 416.827/SC); en Uruguay, la cuestión de la inconstitucionalidad difusa de oficio (Esteva Gallicchio, Eduardo Gregorio, “La inconstitucionalidad *ex officio* en el derecho constitucional uruguayo”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 4, 2006, pp. 251-262).

más su legitimidad democrática delante de su dificultad contramayoritaria por ser el último intérprete de la Constitución, y así de la protección de los derechos humanos. Uno de estos mecanismos en especial se conecta al ciudadano de forma peculiar, pues permite a éste el amplio acceso a la justicia constitucional, más allá de la hipótesis de la jurisdicción constitucional difusa tradicionalmente presente en América Latina.

A propósito, el mecanismo al que nos vamos a referir parece ser, de todas las originalidades latinoamericanas, la más estimulante, pues desafía el dogma de la “justicia constitucional como bien escaso”. América Latina es pionera en la creación de la acción popular de inconstitucionalidad, a mediados del siglo XIX,⁸³ y se ha mantenido en diversas Constituciones, convirtiéndose en una marca jurídica de esta región.

La acción popular de inconstitucionalidad no es extraña a Hans Kelsen; al contrario, fue deseada por su superioridad técnica,⁸⁴ pero reconocidamente de inviable implementación, “porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestionamiento de procesos”.⁸⁵

Parece que las prognosis de Kelsen fueron desafiadas por ciertos países latinoamericanos. Es el caso, por ejemplo, de Colombia,⁸⁶ que ya considera “patrimonio constitucional colombiano el control de constitucionalidad en la modalidad de acción popular”.⁸⁷ Otro país que adopta la acción popular de inconstitucionalidad es Venezuela, tradición que se remonta a 1858, con la competencia exclusiva de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de juzgar la *demandा popular de inconstitucionalidad*,⁸⁸ sin olvidar otros

⁸³ Camazano, Joaquim B., *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 106.

⁸⁴ “La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial de las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular” (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 87).

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 241 de la Constitución de 1991, que es una adaptación del artículo 214 de la Constitución de 1886. Sobre el tema, la Corte Constitucional ya se pronunció: Sent. C-003 de 1993; Sent. C-536 de 1998.

⁸⁷ Rey Cantor, Ernesto, “Acción popular de inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 1, 2003, pp. 343-355.

⁸⁸ Para utilizarla, basta ser persona con capacidad procesal, física o jurídica, e independientemente de que la ley contestada le afecte la esfera individual o un interés

tantos, como Paraguay, Uruguay, Honduras, El Salvador y Panamá.⁸⁹ Para todos esos países, antes que una opción técnico-institucional, está en juego el derecho fundamental de acceso a la justicia constitucional, de acepción política, porque da autonomía a todo ciudadano para accionar el control del poder político delante de la Constitución.

Se ha reconocido en ese mecanismo, al menos en ciertas localidades, “una gran fuerza integradora”, lo que lleva incluso a pensar si no sería altamente recomendable su ampliación en el interés de la efectividad de los derechos fundamentales. Con más razón si son lugares que han caminado en una dirección opuesta, la de limitar la legitimidad del acceso a la jurisdicción constitucional, como hace Brasil, que, más allá de delimitar el rol de legitimados activos, una jurisprudencia creativa ha impuesto filtros aún más restrictivos, como es la “pertinencia temática”. De ahí que parezca verdadera, al menos como criterio general, la opinión de André Ramos Tavares de que la “idea de la *actio popularis* no debe ser abandonada totalmente, siendo adecuado aproximar al máximo el modelo de ese ideal universal”.⁹⁰ Pero la verdad es que lo ideal no tiene la fuerza de suplantar la realidad de Estados de dimensiones continentales y de elevado índice demográfico, como es Brasil, donde si es instaurada la legitimidad universal podría ser altamente disfuncional para el correcto funcionamiento de la justicia constitucional, y así el remedio se dirigiría contra el paciente.

Esa cuestión no es, de modo alguno, una cuestión teórica. Al tomar la realidad brasileña, investigaciones sobre el tema han demostrado un protagonismo en la interposición de acciones directas de inconstitucionalidad por el procurador general de la República, uno de los pocos con legitimidad universal, justamente porque él representa a la sociedad en el control del poder público. Sin embargo, en su mayoría, se refiere a temas relacionados al estatuto jurídico del Poder Judicial, lo que demuestra una orientación corporativista, distante, pues, del ciudadano común, principalmente de aquel que no está inserto en la sociedad civil organizada.

procesal calificado (Ortiz, Julio César, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, *Civilizador*, Colombia, 2010, pp. 481-516).

⁸⁹ En Guatemala y Ecuador también se reconoce la legitimidad popular, pero en aquél con “la ayuda de tres abogados colegiados activos”, y en éste con “previo reconocimiento del Defensor Público de la procedencia”.

⁹⁰ Tavares, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 409.

Si las peculiaridades del sistema jurídico-político brasileño no permiten la tradición latinoamericana de acceso de la legitimidad popular a la jurisdicción constitucional concentrada, porque por el exceso de demandas no son irreconciliables, sin embargo, hay formas de socialización del proceso constitucional que permitan la ampliación del acceso a la justicia constitucional concentrada.⁹¹ Es lo que se observa, por ejemplo, con la introducción de nuevos actores del proceso constitucional, tales como el *amicus curiae*, las personas con autoridad en la materia, hábiles para participar en audiencias públicas, además de la pericia judicial. Estas herramientas pueden propiciar una apertura democrática del proceso constitucional, y por eso deben ser cada vez más estimuladas, no sólo para una práctica más frecuente, sino también para ser efectivamente considerado el resultado alcanzado por el juez constitucional en su convencimiento.

IV. CONCLUSIÓN

Como es obvio suponer, las anotaciones precedentes en modo alguno agotan los puntos conflictivos o interrogantes en torno del derecho procesal constitucional. Tampoco podrían por la dificultad de precisar lo que resulta de dinámicas sociales tan heterogéneas, aunque el resultado al que de alguna forma llegamos con las anotaciones arriba es que *el derecho procesal constitucional es en sí mismo la expresión máxima de una marca indeleble del constitucionalismo latinoamericano actual*.

Bajo tal evidencia, sin pretensiones desmedidas y generando más dudas que certezas, lo más relevante es que todavía no se ha logrado el pleno desarrollo dogmático del derecho procesal constitucional, y no será diferente sin conciencia de que su objeto, metodología y funcionalidad se particularizan, si son comparados con las otras ramas del derecho procesal, por inexorablemente hacer frente a *la sustancialidad del derecho constitucional*.

En la búsqueda por un diagnóstico como ése, se observa que los principales retos del derecho procesal constitucional están justamente en su propia consolidación como rama específica del derecho. Fue lo que intentamos demostrar desde la perspectiva del procesalismo constitucional

⁹¹ Sobre el desarrollo dogmático y legislativo de la llamada denuncia popular de inconstitucionalidad en Brasil, he tratado en: Herani, Renato G., “Nós, os legitimados indiretos, e a denúncia popular de inconstitucionalidade”, *Revista Científica virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP*, n. 8, 2011, pp. 68-75.

señalando algunos de los problemas relativos al desempeño de la justicia constitucional en relación con los demás poderes y con su acceso por parte del ciudadano.

Puesto que el derecho procesal constitucional lleva a la realización del derecho material constitucional, no es creíble el atributo histórico de la autonomía científica del adjetivo delante del sustantivo, tan presente en la evolución del derecho procesal, en el campo del proceso constitucional. Eso porque es inevitable la integración del adjetivo al substantivo en la unidad material de la Constitución, e indica una reciprocidad al modo de “una materialización del derecho procesal, al condicionarlo a las determinaciones constitucionales y, al mismo tiempo, a una procedimentalización o «desmaterialización» del derecho constitucional, en la medida en que el proceso se muestra indispensable para la realización de la «Ley Mayor» y, luego, también de las «menores» u ordinarias”⁹².

En ese sentido, el discurso de predominio entre procesalistas y constitucionalistas, aunque actual, es alimentado, por cierto de modo antagónico, por un *monismo metodológico* que sólo forja el real “paradigma procesal específico”⁹³ de protección de la soberanía constitucional. Poca relevancia le queda si lo esencial no es conceder a las categorías procesales constitucionales especial atención en la delimitación de su propio e independiente campo de estudio, en vista de la plenitud funcional, que no puede ser diferente de la multitudinaria y flexible para influir positivamente en el papel del juez constitucional.

Observamos que la visión tradicional de la defensa de la Constitución (función de control o garantía, tribunal especial u órgano de cúpula, específicas acciones, procedimientos y jurisdicción) fue construida bajo los “códigos lingüísticos”, primero, del derecho constitucional y, después, con la convergencia del derecho procesal. Desde entonces se ha hecho relevante la polémica alrededor de la ubicación del derecho procesal constitucional. Entre tanto, la consistencia del debate perdió mucho por ser en el fondo un diálogo de sordos entre aquellos procesalistas y constitucionalistas que aún defienden un paralelismo entre lo procesal y lo constitucional de los sistemas jurisdiccionales de protección de la Constitución. En el fondo, el discurso unilateral no permite que se vea; al contrario, hace la vista gorda

⁹² Guerra Filho, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*, 3a. ed., São Paulo, RCS, 2007, p. 17.

⁹³ Tavares, André Ramos, *op. cit.*, p. 16.

frente a la irrefutable evidencia de que procesalistas y constitucionalistas ofrecen, juntos, aportes metodológicos que permiten visiones diferentes y complementarias acerca del mismo objeto de estudio.

Lo importante de todo eso es el verdadero significado jurídico-político del procesalismo constitucional en una región que ha aprendido a apoyarse en él en la urgencia de respuestas jurídicas efectivas, tanto para desarrollar los ya tan sufridos sistemas políticos como para afianzar los derechos humanos. Procesalistas y constitucionalistas se encuentran para explorar, por ángulos diferentes, pero como fue dicho, complementarios, las *zonas de confluencias* en la definición del contenido, métodos y finalidades del derecho procesual constitucional. Son estos espacios comunes que convierten esta rama del derecho en ésa que es una realidad científica latinoamericana y sobre la cual no se cierne la duda, como dice Víctor Bazán,⁹⁴ “de su gravitante actualidad y palpitante prospectiva”.

Las temáticas aquí exploradas demuestran las dificultades que aún se enfrentan, de orden material, metodológico y funcional, para la plena autonomía científica del derecho procesal constitucional. Su superación constituye un paso necesario para que alcance estructuras dogmáticas capaces de equilibrar los principales problemas de la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional en una sociedad democrática. Los desafíos aquí destacados apenas refuerzan la idea de que de hecho, el derecho procesal constitucional es el camino para el desarrollo cada vez mayor de los necesarios paradigmas procesales que debe seguir la justicia constitucional. Paradigmas estos que permiten que el juez constitucional, en sus variados espacios de articulación, ya sea con los demás poderes o con el ciudadano, no se aparte, si no que se adapte a las vicisitudes del constitucionalismo contemporáneo.

En ese sentido, el derecho procesal constitucional debe ser —por su objeto, método y funcionalidad— la resonancia positiva de los cambios de las instituciones democráticas y de los métodos de interpretar la Constitución, de modo que sus categorías jurídicas, sin despegarse completamente de las bases esenciales del derecho procesal, sean capaces de instrumentalizar la interpretación y aplicación de los conflictos que tocan a los principales temas del derecho constitucional contemporáneo (como la protección de los derechos humanos, el control de poderes, las múltiples funciones del Estado, la separación de poderes, las formas de autoprotección de las

⁹⁴ Bazán, Víctor, *op. cit.*, pp. 89-112.

Constituciones, la jurisdiccionalización de los conflictos constitucionales, la interpretación constitucional, el federalismo, entre otros temas relevantes del derecho constitucional contemporáneo).

Finalmente, volviendo a un *dictum* muy preciso de Hegel,⁹⁵ cada pueblo tiene la Constitución que le conviene y le sea adecuada, y aquí agrego: no se conocen las Constituciones latinoamericanas sin considerar *el modo como cada pueblo opera su respectiva justicia constitucional*. Y, en este contexto, al mismo tiempo que la voluntad popular espera de la justicia constitucional la protección de los derechos fundamentales, sabe que en esta función están los principales retos de las próximas décadas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni.
- ANDRÉS CANOSA, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Agencia Imperial, 2011, t. I.
- ASTUDILLO, César I., “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 8, 2007.
- ATIENZA, Manuel, “Argumentación jurídica y Estado constitucional”, *Anales de Jurisprudencia*, México, n. 261, 2003.
- BAZÁN, Víctor, “Derecho procesal constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina”, *La Ley-Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 27, 2007.
- BAZÁN, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Chile, Centro de Derechos Humanos Konrad Adenauer, 2012.
- 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, mai.-ago. 2013.

⁹⁵ Hegel, Georg W. Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, p. 199.

- BONAVIDES, Paulo y SARAIVA, Paulo Lobo, “Proposta: Código de Proceso Constitucional”, *Folha de S. Paulo*, A3, 10 jan. 2010.
- CAMAZANO, Joaquim B., *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- CANOSA USERA, Raúl, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 1, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, trad. de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1999.
- CARBONELL, Miguel, “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, *Revista Jurídica*, 2011.
- CASTRO, Marcus Faro de, “Política e Economia no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos”, *Caderno de Ciência Política*, Brasília, Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, n. 7, 1993.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Funciones del derecho procesal constitucional”, *Ius et Praxis*, Talca, n. 8, 2002.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo Gregorio, “La inconstitucionalidad *ex officio* en el derecho constitucional uruguayo”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 4, 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús, *El juez constitucional*, México, UNAM-SCJN, ts. I y II.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La ciencia del derecho procesal constitucional”, *Dikaion*, Colombia, n. 17, dez. 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.
- GARAY, Alberto F., “El precedente judicial en la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 2, 1997.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Perú, Editora Jurídica Grijley, 2003.
- GIACOMETTE FERRER, Ana, “Valoración de la prueba por el juez constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César

- de Jesús, *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*, 3a. ed., São Paulo, RCS, 2007.
- GÜNTHER, Klaus, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 17-18, 1995.
- HÄBERLE, Peter, “El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004.
- HÄBERLE, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional”, *Teoria y Realidad Constitucional*, 14, 2004.
- HEGEL, Georg W. Friedrich, *Princípios da filosofia do direito*, Santa Catarina, Universidade de Santa Catarina, 2005.
- HERANI, Renato Gugliano, “Nós, os legitimados indiretos, e a denúncia popular de inconstitucionalidade”, *Revista Científica virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB-SP*, n. 8, 2011.
- HERANI, Renato Gugliano, “Repercussão geral: uma análise empírica dos argumentos de reconhecimento”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 27, set.-dez. 2013.
- HESSE, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, trad. de Carlos dos Santos Almeida e outros, São Paulo, Saraiva, 2009.
- HORN, Hans Rudolf, “Generaciones de derechos fundamentales en el Estado constitucional cooperativo. Contribuciones iberoamericanas al constitucionalismo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001.
- LANDA ARROYO, César, “Justicia constitucional y political questions”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 4, 2000.
- LANDA ARROYO, César, *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2003.

- MARTINS, Leonardo, *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, trad. de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Maria-nna Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia”, *Desafíos*, Bogotá, n. 18, set. 2008.
- ORTIZ, Julio César, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, *Civilizador*, Colombia, 2010.
- PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.
- PATRÓN-RODRIGUES, Patricia, “La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal”, *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, año 21, n. 62, mai.-ago. 2001.
- PEGORARO, Lucio *et al.*, “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, *Universitas*, Bogotá, n. 128, jan.-jun. 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALVÍDA DE LARREA, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-IMDPC-Marcial Pons, 2008, t. IV.
- PÉREZ TREMPS, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 23, 2000.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Las Constituciones latinoamericanas. Estudio preliminar*, México, UNAM, 1994.
- REY CANTOR, Ernesto, “Acción popular de inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, n. 1, 2003.
- RIBEIRO, Ricardo Silveira, “Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004)”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, jan.-jun. 2012.

- ROSENN, Keith L, “The protection of judicial Independence in Latin America”, *University of Miami Inter-American Law Review*, n. 1, 1987.
- ROTHENBURG, Walter Claudio, “A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional”, en CLEMERSON CLÈVE *et al.* (org.), *Direitos humanos e democracia*, Rio de Janeiro, Martins Fontes, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional: recurso extraordinario*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1992.
- 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*, n. 25, 2004.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Desafíos del derecho procesal constitucional”, *Revista Jurídica del Perú*, n. 03, set. 1996.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Reflexiones sobre la codificación procesal constitucional”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2015.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “La intensidad del control constitucional sobre el legislador”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM-SCJN, 2010, t. II.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Civitas, 2011.
- TAVARES, André Ramos, “O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimização de uma Justiça Constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, abr.-jun. 2007.
- TAVARES, André Ramos, *Paradigmas judicialismo constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Por que um Código Processual Constitucional?”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 16, out.-dez. 2010.
- TAVARES, André Ramos y HERANI, Renato Gugliano, “A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (o projeto «A circulação da doutrina»)”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 32, mai.-ago. 2015.

- TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Sa-raiva, 2005.
- THAMAY, Rennan Faria Krüger, HERANI, Renato Gugliano, *Jurisdição Constitucional Concentrada*, Curitiba, Editora Juruá, 2016.
- TOCCI, María L. G, “Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Ju-rídica UCES*, 2014.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, “Rubén, Aspectos ge-nerales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Política, justi-cia y Constitución*, Ecuador, n. 2, 2012.
- VILHENA, Oscar, “Supermocracia”, *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, jul.-dez. 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en FE-RRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús, *El juez constitucional*, México, UNAM-SCJN, 2009, t. I.



Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2017.

Fecha de aceptación: 10. de septiembre de 2018.