

LA CONCEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Giancarlo Rolla
Universidad de Génova

SUMARIO: 1. La peculiaridad del constitucionalismo latinoamericano. 2. La positivización de los derechos y su clasificación. 3. Instrumentos constitucionales para reforzar la garantía de los derechos fundamentales. 4. La peculiaridad del sistema latinoamericano de justicia constitucional: un sistema orientado a la tutela de los derechos fundamentales.

1. La peculiaridad del constitucionalismo latinoamericano

El derecho constitucional, aun y cuando debe clasificarse dentro de las ciencias jurídicas, se encuentra más cercano que otras ramas del derecho a las disciplinas históricas; el análisis del derecho positivo tiende a combinarse con la valoración del contexto en el que nace y en el cual se sitúa. En otras palabras, el fenómeno constitucional puede ser considerado como el punto de encuentro en el que la historia de las instituciones jurídicas se interseca con la historia política y social. La Constitución es a la vez sistema e historia, en el sentido que no puede ser objeto solamente de un estudio jurídico sino que debe considerarse también un elemento esencial de la realidad que pretende regular y en la que produce sus efectos.¹

Esta necesidad metodológica, válida en general, asume mayor relevancia respecto al estudio de las codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, por la estrecha relación que existe entre el constitucionalismo y la garantía de los derechos de la persona.²

Por tanto, no sería muy útil analizar la disciplina constitucional de los derechos, en las Constituciones de América latina basándose en los meros textos normativos, prescindiendo de una cierta atención al desarrollo histórico de los sistemas constitucionales de dicho continente.

La concepción constitucional de los derechos fundamentales en América latina puede compararse proficuamente con la concepción europea y puede ser interpretada a la luz de los principios propios del constitucionalismo liberal y democrático.

Los historiadores, de hecho, clasifican la experiencia latinoamericana dentro de la “familia romano-germana” y entre las afiliaciones del constitucionalismo, es decir, del proceso histórico y cultural que –sulla scia de las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII- marco la crisis del Estado constitucional de derecho y el surgimiento del concepto moderno de Constitución.

A favor de la clasificación al interno de dicha categoría empírica se encuentran en juego diversos elementos.

Por un lado, se debe considerar la influencia jurídica ejercida por el *ius commune*, la escuela española de derecho natural, el iusnaturalismo, la tradición europeo-continental que fue difundida a través de la vía oral, académica y práctica.³ La influencia cultural ejercida por España, traducida no sólo en la religión, la lengua y las tradiciones, sino también el derecho, fue determinante para plasmar la identidad de América latina: la

¹ H.GROSS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, □□□□□□□□□□

² Cfr., A.D'ATENA, *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*, in *Memorias del seminario de justicia constitucional y derechos humanos*, San José, 2004, 139 ss; G.ROLLA, *Derechos fundamentales, estado democrático y justicia constitucional*, Méxi□□□□□□□□□□□□□□

³ Cfr., J.BARRIENTOS GRANDON, *La cultura jurídica en la nueva España*, México, 1993; B.BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, 1989; B.CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, 1994; A.GARCIA GALLO, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Estudio de derecho indiano, Madrid, 1987; J.C.GONZALEZ, *Influencia del derecho español en América*, Madrid, 1992; S.ZAVALA, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, México, 1988; J. MARIA OTS CAPDEQUI, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano* □□□□□□□□□□□□□□

proclamaban”.¹⁸ Además, el sucederse de golpes de Estado, movimientos y revoluciones, determinó la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional.¹⁹

Un cambio importante –que según nuestro parecer puede considerarse una verdadera discontinuidad en la historia constitucional de América latina- fue introducido por las recientes constituciones, que han dado vida al segundo constitucionalismo latinoamericano.

En los párrafos siguientes profundizaremos con detalle las novedades que han incidido en el reconocimiento y las formas de garantía de los derechos fundamentales, por el momento podemos limitarnos a evidenciar los aspectos esenciales de dicho cambio: que han abarcado tanto el proceso constituyente como la noción de Constitución y las técnicas de garantía de los derechos fundamentales.

Bajo el perfil de los procedimientos constitucionales se está en presencia de transiciones pacíficas, de procesos de redemocratización y de procedimientos constitucionales pactados.²⁰ Por cuanto concierne las teorías de la Constitución, se afirma el valor normativo y el carácter rígido de tal fuente, mientras en tema de derechos se asiste contemporaneamente a una ampliación de las posiciones subjetivas tuteladas -gracias a la adhesión a los modelos propios del Estado social y democrático de derecho- y a una afinación de las técnicas de garantía –como consecuencia del desarrollo de una justicia constitucional orientada a la tutela directa de los derechos, de una reglamentación en sentido garantista de los estados de excepción y de la introducción al interno de las Constituciones, de cláusulas de apertura al ordenamiento internacional-²¹

En síntesis, los asuntos de la historia constitucional latinoamericana nos permiten comprender como el constitucionalismo de este continente se encuentra atravesado por tensiones contradictorias: por una inclinación a la distinción y la fascinación por una historia común, por ideales liberales y prácticas antidemocráticas, por aperturas a nuevas corrientes de pensamiento y la búsqueda de soluciones “internas”.

2.La positivización de los derechos y su clasificación

El sistema constitucional de protección de los derechos, se substancia –a nuestro parecer- en la presencia de algunas instituciones y técnicas de codificación que prevén esencialmente los siguientes elementos: la positivización de los derechos reconocidos como fundamentales, la introducción de los principios generales de garantía institucional y la predisposición de instrumentos de tutela jurisdiccional.

Por cuanto se refiere al primero de tales elementos, debemos subrayar que en las últimas décadas ha tenido lugar una verdadera e importante censura respecto a la precedente y traumática historia constitucional y política de América latina, marcada por el hecho que esta área geográfica fue investida por un amplio proceso de democratización: que indujo a notables autores a hablar de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.²²

De hecho, de los 18 países latinoamericanos inspirados en los principios del constitucionalismo, 12 aprobaron una nueva Constitución y se han realizado importantes reformas constitucionales en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay.

Estas transiciones constitucionales –aun con su heterogeneidad y especificidades históricas- presentan dos aspectos comunes, relativos respectivamente, al procedimiento de codificación y a los valores que inspiran las Constituciones en sentido substancial en estos Estados.

Por cuanto concierne el procedimiento de codificación las transiciones han sido democráticas y pacíficas favorecidas por la búsqueda de acuerdos políticos encaminados a legitimar las decisiones constituyentes.²³ Baste considerar, como ejemplo el proceso de negociación en Colombia con exponentes de la guerrilla, que facilitó la reforma constitucional de 1991; las modificaciones producidas en la Constitución del Salvador, después del acuerdo con el “Frente Farabundo Martí” en 1991; el “Pacto de los Olivos” en Argentina, celebrado en 1993 entre los Presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del peronismo y del radicalismo,

¹⁸ H.GROS ESPIELL,*El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*,cit.,149.

¹⁹ H.GROS ESPIELL,*El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*,cit.,155

²⁰ E.CECCHERINI,*La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*,Milano,2002; G.DE VERGOTTINI,*Le transizioni costituzionali*,Bologna,1998; L.MEZZETTI,*Le domoorie incerte*,Torino,2000; MICHELE CARDUCCI (cur.), *Il costituzionalismo “parallelo” delle nuove democrazie - Africa e America Latina*, Milano, 1998

²¹ AA.VV.,*La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*,Madrid,2003; D.VALADES,*El nuevo constitucionalismo iberoamericano*,cit.,471 ss.

²² D.VALADES,*El nuevo constitucionalismo iberoamericano*,cit.,471 ss.

²³ E.CECCHERINI,*La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*,Milano,2002

Carlos Menem y Raul Alfonsin, que sirvió como base a la reforma constitucional de 1994; el Pacto que confirmó el frente político que se opuso al gobierno militar en Brasil y que favoreció la reforma constitucional de 1988.²⁴

Bajo el perfil de los contenidos, las Constituciones de los países de América latina se caracterizaron no sólo por la presencia de amplios y detallados catálogos de derechos (verdaderos *Bill of rights*), sino también por la idea común de que los derechos fundamentales de la persona constituyen un elemento cualificante del pacto que se instaure entre los ciudadanos y entre éstos y sus representantes: en otras palabras, que el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales son elementos que caracterizan la forma de Estado democrático de derecho.²⁵

A este respecto, podemos recordar que en ocasión del vertice de todos los Estados de América, celebrado en Quebec en abril de 2001, se enfatizó la importancia de reforzar la democracia, mientras la Carta Democrática Interamericana, firmada en Lima en septiembre del mismo año, reafirmó el respeto esencial de los valores democráticos como condición propia de la organización política de este hemisferio.

La estrecha integración entre Constitución, Estado democrático y salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, surge tanto de diversos preámbulos como de disposiciones constitucionales específicas.

Respecto a los primeros, podemos recordar que algunos de ellos identificaban en la institución de la forma de Estado democrática, el único medio para asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos (Venezuela), para garantizar los derechos individuales y sociales (Brasil), para asegurar la primacía de la persona humana y su dignidad (El Salvador y Guatemala). A su vez, el artículo 5.2 de la Constitución chilena considera el respeto de los derechos inherentes a la persona un límite al ejercicio de la soberanía.

Los catálogos de derechos de las Constituciones de América latina, presentan una pluralidad de lenguajes y técnicas de clasificación que vuelven arduo un intento de síntesis. Podemos hablar al respecto, de una babel de lenguajes que induce a considerar que se está en presencia de una “carencia casi absoluta de sistematización”.²⁶ Por ello existen Constituciones que no introducen distinciones dentro de los derechos fundamentales, calificados como fundamentales o constitucionales (Argentina, Bolivia, Chile, México e Uruguay), Constituciones que optan por un reparto tradicional distinguiendo entre derechos civiles, políticos, sociales y económicos (Perú, Ecuador, el Salvador) y finalmente, Constituciones que introducen clasificaciones más amplias, abriéndose al reconocimiento de los derechos culturales y de identidad, a los derechos ambientales y a los derechos de categorías de ciudadanos determinadas (Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela).

No obstante las diferencias terminológicas y las diversas técnicas de positivización, los catálogos constitucionales de los derechos de la persona presentan algunos elementos comunes.

En primer lugar, muchas de las Constituciones de América latina reconocen derechos culturales y colectivos, y tal reconocimiento adquiere –a nuestro parecer- un particular significado a la luz de la historia política e institucional de América latina: se piense a los derechos de defensa del ambiente, de preservación del patrimonio natural y cultural que están codificados, aun en polémica con las políticas internacionales de explotación económica del territorio; o a la atención dedicada a las instituciones de participación política –entre las cuales se señala el cabildo abierto y el poder ciudadano de revocación del mandato de sus representantes o de los funcionarios electos popularmente, que se contraponen a la formación de Estados y burocracias elitistas y corruptas; o a los derechos derogatorios de las comunidades y de los pueblos indígenas con parcial reconocimiento de los errores y horrores de la colonización del “nuevo mundo”.

En segundo lugar, bajo el perfil de las instituciones de garantía, se nota una tendencia general a no graduar las formas de tutela de los derechos en relación a su naturaleza o clasificación: todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales deben considerarse igualmente garantizados y susceptibles –excepto en la Constitución de Guatemala- de ser tutelados jurisdiccionalmente en forma directa trámite el juicio de amparo.

Tal solución es interesante porque se diferencia de lo previsto en Europa por los ordenamientos constitucionales que prevén un recurso directo de constitucionalidad para la defensa de los derechos. En España, por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución, no da la posibilidad de recurrir al Tribunal

²⁴ L.MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino, 2000

²⁵ .ROLLA, *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in (G.ROLLA cur.) *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, 4 ss.

²⁶ CASTRO CID, *Derechos humanos y constitucion*, Revista de estudios políticos, 1980, 132

Constitucional para la salvaguarda de todos los derechos constitucionales, sino sólo los contenidos en el artículo 14, sección I del capítulo segundo; a su vez en Alemania, el artículo 93 de la Constitución limita los recursos de constitucionalidad a los casos de lesión de un derecho fundamental o de uno de los derechos garantizados en los artículos 20,4, 33, 38, 101, 103, y 104 constitucionales.

Una tercera y relevante característica de los catálogos constitucionales en tema de derechos, es la evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. La codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar en modo detallado los perfiles de la personalidad y del actuar humano que se encuentran tutelados. Las listas resultan bastante minuciosas y con frecuencia el constituyente se encarga de identificar directamente las situaciones jurídicas subjetivas por tutelar.

La especificación representa una técnica particular de codificación con la cual –a nuestro parecer- se intentan satisfacer tres exigencias:

En primer lugar se propone historizar los derechos de la persona reconocidos en un preciso periodo histórico y establecer una censura respecto al pasado. Teniendo el objetivo de evidenciar la ruptura político-institucional que separa el actual ordenamiento constitucional de los precedentes, cumple una función de reacción respecto a periodos precedentes de atenuación de las garantías.

Resulta emblemática la experiencia chilena, en donde la afirmación de un clima constitucional inspirado en los valores de la democracia política y del pluralismo social, capaz de superar el régimen dictatorial precedente, fue preanunciada en 1989 con la aprobación de 54 reformas constitucionales acordadas por los partidos de la concertación, el partido de derecha *Renovación Nacional* y el *Gobierno militar* al poder en aquel momento –que en grande medida eran relativas a la introducción de un verdadero y propio *Bill of rights*-²⁷

En segundo lugar, la especificación de los derechos encaminados al desarrollo de la personalidad humana pretende dar parámetros más detallados para la actividad interpretativa de los jueces y la actividad especificativa del legislador.

A través de la especificación se busca facilitar la aplicación directa; lo que permite, por un lado esquivar la inercia de las Asambleas legislativas, y por otro limitar la actividad pretoria de los jueces. Según dicha perspectiva la especificación cumple una función de garantía si es que se considera que en diversos ordenamientos de América latina faltan órganos jurisdiccionales profesionales dotados de un *status* constitucional de autonomía e independencia del poder político y la representación política no siempre está dirigida a salvaguardar la esencia de los derechos constitucionales de la persona.

Finalmente, la especificación de los derechos reconocidos, cumple una función de naturaleza didáctica; en el sentido que la estrecha conexión existente entre la conquista de nuevos ordenamientos democráticos y la indicación detallada de los derechos reconocidos como fundamentales, permite enfatizar los perfiles de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes habían conculcado. Podemos mencionar numerosos ejemplos, como las normas que vietan la esclavitud y la segregación racial, las que prohíben la tortura y tutelan el derecho a la vida, o las que aseguran el pluralismo y los derechos políticos.

El proceso de positivización y especificación de los derechos fundamentales de la persona, que tuvo lugar en América latina, ha contribuido a la ampliación del número de derechos “universalmente” reconocidos. Es necesario sin embargo precisar que, una amplia analítica positivización no es en sí misma un índice de una efectiva y substancial tutela de los derechos de la persona. La inserción de tales derechos en el texto de las Constituciones –por cuanto sea necesario e importante- no permite percibir con inmediatez el nivel de efectividad de los mismos.

Los derechos no deben ser solamente codificados, sino que deben ser aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política de un determinado país. En otras palabras, las modalidades de tutela de los derechos de la persona se encuentran reguladas por las cartas constitucionales, pero la idea de tutela se forma necesariamente al interno de la comunidad y sólo de esta manera se vuelve parte de la Constitución en un sentido substancial.

Lo anterior pone en evidencia un dato importante, que no puede ser olvidado por el jurista o por el interprete jurisdiccional: el hecho que en muchos casos se está en presencia de documentos que asumen la

²⁷ G.ROLLA, *Luci e ombre dell'esperienza delle transizioni pactadas: brevi considerazioni sui limiti della vigente costituzione del Cile*, in (G.ROLLA-E.CECCHERINI, *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Torino, 2004, 29 ss.

forma de las Constituciones propias de la tradición liberal y democrática pero que no tienen tal espíritu. En este caso, según una feliz expresión, se dice que se está en presencia de *Constitutions without constitutionalism*²⁸

Es necesario reconocer que tal riesgo –aun ampliamente presente– ha sido considerado en las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que –a diferencia de las primeras cartas constitucionales del período insurgente– intentaron superarlo previendo interesantes instrumentos de tutela procesal e introduciendo diversas tipologías de garantía institucional: tanto de carácter general –encaminadas esencialmente a los principios propios del Estado constitucional de derecho, como la supremacía normativa de la Constitución, el principio de legalidad, la reserva de ley, la separación de poderes, la autonomía de la magistratura, como de naturaleza sectorial, en cuanto dirigidas al específico ámbito material de derechos, entre los que sobresalen la introducción de cláusulas de apertura al ordenamiento internacional, la previsión de límites a la revisión constitucional, la reglamentación de los estados de excepción y de suspensión de las garantías constitucionales, y la salvaguarda del contenido esencial de los derechos.

Sin embargo, a la base de las recientes codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales, se encuentra una nota común, que se traduce en el valor primario de la dignidad humana, que opera como núcleo aglutinador del sistema jurídico de derechos humanos.

Podemos mencionar en este sentido, el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica que prohíbe “discriminaciones contrarias a la dignidad humana”; el artículo 1 de la Constitución de Perú, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; el artículo 6 de la Constitución de Bolivia y el artículo 2 de la Constitución de Puerto Rico que afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y es deber primordial del Estado respetarlas y protegerlas; el artículo 1 de la Constitución de Brasil, 5 de la Constitución de Nicaragua y 3 de la Constitución de Venezuela, que proponen la dignidad de la persona humana entre los fundamentos del Estado democrático de derecho; el artículo 1 de la Constitución de Colombia que considera la dignidad humana entre los principios fundamentales que el Estado reconoce; o bien, el artículo 23 de la Constitución de Ecuador y el 68 de la Constitución de Honduras que reconocen el derecho fundamental a la integridad personal, vietando todo comportamiento degradante para la persona; mientras el artículo 1 de la Constitución de México prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad humana.

A su vez, el artículo 10 de la Constitución del Salvador, considera inconstitucional todo acto que implique el sacrificio de la dignidad de la persona, y el sucesivo artículo 11 confiere a toda persona, el derecho al *habeas corpus* contra actos de autoridad que atenten contra la dignidad o la integridad física, psíquica o moral de las personas.

Algunas Constituciones, parecen acreditar la idea de que existen derechos dirigidos directamente a la dignidad de la persona, además de los expresamente previstos en la Constitución; es el caso por ejemplo del artículo 3 de la Constitución de Perú, que afirma que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I no excluye la existencia de otros que se funden en la dignidad del hombre.²⁹

La referencia al valor primario de la dignidad humana no tiene un significado meramente evocativo – como si se estuviese en presencia de una fórmula de naturaleza ideal y política mas que de carácter propiamente jurídico– sino que dicha referencia puede responder a una importante función de interpretación y unificación.

En primer lugar, puede ser utilizada como criterio de interpretación de los derechos previstos en las Cartas constitucionales, en el sentido que llevan a enuclear entre las múltiples disposiciones constitucionales en materia de derechos, particulares perfiles de la personalidad humana que concurren a delinear el derecho de toda persona a la dignidad y al desarrollo de la propia personalidad.

Según tal acepción, el valor de la dignidad se puede considerar un principio rector en consideración del cual, por ejemplo, una disposición susceptible de asumir diversos significados, debe interpretarse en el sentido mas conforme con el principio de dignidad, o bien, no puede ser legítimamente adoptada una interpretación contraria o en conflicto con tal valor.

Además, las cláusulas sobre la dignidad humana cumplen una función de unificación, en el sentido que compactan la multiplicidad de derechos reconocidos en las cartas constitucionales en torno a la noción de persona, favoreciendo una reconstrucción unitaria de la misma. Los diversos derechos, aun poseyendo cada uno un significado específico, tutelan un bien jurídico unitario: la persona en su individualidad y dignidad. Bajo este perfil, la dignidad humana no es tanto un derecho sino el fundamento constitucional de todos los derechos

²⁸ G.ROLLA-E.CECCHERINI,*Scritti di diritto costituzionale comparato*,cit.,41 ss.

²⁹ G.ROLLA,*El valor normativo del principio de la dignidad humana.Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*,Madrid,2002,463 ss.

estrechamente vinculados al desarrollo de la personalidad humana, no es un derecho en sí, pero constituye la base de los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución.

Esto significa que dignidad y derechos fundamentales de la persona no se encuentran en el mismo plano, con la consecuencia de que la dignidad representa un valor absoluto, que no puede ser tocado, mientras los segundos son limitables, regulables y en algunos casos –constitucionalmente previstos- pueden ser también temporalmente suprimidos.³⁰

3. Instrumentos constitucionales para reforzar la garantía de los derechos fundamentales

El reconocimiento de los derechos fundamentales debe estar acompañado por la codificación de instrumentos de garantía institucional, que pueden ser tanto generales –como en el caso de los principios del constitucionalismo liberal y democrático, como específicamente dirigidos a la materia de los derechos de la persona.³¹

Los ordenamientos constitucionales de América latina contienen, a tal propósito, algunas cláusulas específicas interesantes.

En algunas Constituciones –influenciadas por la Constitución española y alemana- se recoge la teoría del contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos. Es el caso por ejemplo de Chile y Colombia, donde los Tribunales Constitucionales han precisado que la disciplina, la limitación e incluso la misma suspensión temporal de algunos derechos constitucionales no puede tocar “el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste, el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.”³²

Los derechos “pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización”, viceversa, no pueden ser privados de lo que les es consubstancial, de manera tal que deja de estar reconocido y se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran mas allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”³³

Una ulterior técnica de garantía institucional de derechos, puede ser la llamada *eternal guarantee clause*, es decir, disposiciones constitucionales que prevén procedimientos de revisión constitucional diferenciados en relación a las diversas partes del texto constitucional, tienden a hacer difícilmente modificables por el poder constituido algunas decisiones tomadas por el poder constituyente. Cláusulas de este tipo vuelven rígido en particular el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales. Por ejemplo los derechos contenidos en el capítulo primero del título II de la Constitución de Guatemala pueden ser reformados sólo a través de la Asamblea Nacional Constituyente (artículo 278 y 279), convocada después de un voto en sentido afirmativo de 2/3 de los miembros del Congreso. El Decreto de la convocatoria debe indicar los artículos que se pretende someter a modificación.

Resultan específicas de la realidad política y constitucional de América latina las cláusulas constitucionales que tienden a poner algunos derechos fundamentales –o al menos su núcleo esencial- a salvo de compresiones que pueden derivar de los casos de emergencia o de la declaración del estado de excepción.³⁴ La Constitución de Colombia establece que las libertades fundamentales reconocidas en los tratados internacionales no pueden ser tocadas durante el estado de insurrección (artículo 212); la Constitución de Nicaragua salvaguarda durante los estados de emergencia, el derecho a la vida y diversos derechos relativos a la dignidad y a la integridad de la persona humana (artículo 185); la Constitución de Perú establece que durante el estado de asedio y de emergencia, se conservan las garantías del juicio de amparo y *habeas corpus* (artículo

³⁰ E.FERNANDEZ, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, 2001; F.FERNANDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, 1994; C.LANDA, *Dignidad de la persona*, in *Cuestiones constitucionales*, 2002, 109 ss.

³¹ A.D’ATENA, *La vinculación entre constitucionalismo y protección de los derechos humanos*, cit. , 139 ss

³² Tribunale costituzionale di Colombia, sentenza C-033/1993

³³ Tribunale costituzionale del Cile, sentenza 43 del 24 febbraio 1987

³⁴ GIUSEPPE DE VERGOTTINI (cur), *Costituzione ed Emergenza in America Latina*, Torino, 1997; L.DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, 1999; AA.VV., *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamerica*, Lima, 1997.

200); a su vez, la Constitución de Venezuela salvaguarda durante los estados de emergencia el derecho a la vida, a un proceso justo y la prohibición de tortura y de discriminación (artículo 337).

Resulta relevante, sobre el particular, la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que: aun durante la vigencia de los estados de excepción, debe garantizarse el ejercicio de todos los instrumentos procesales previstos en las Constituciones para la tutela directa de los derechos fundamentales (juicio de amparo, *habeas corpus*, *mandato de segurança*, recurso de protección, acción de tutela).³⁵

Sin embargo, la cláusula más interesante a nuestro parecer es la presencia de disposiciones que reconocen al derecho internacional rango constitucional y una posición de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico: con particular referencia a las normas del ordenamiento supranacional cuya función es la integración latinoamericana (Organización de Estados Americanos, Carta Interamericana de Derechos, Comunidad Andina, Mercosur, Pacto Amazónico, Grupo del Río).³⁶

En un mundo siempre más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales en particular. Tal exigencia se advierte sobre todo en materia de derechos fundamentales por la tensión universalística que anima la protección de la persona humana.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta diversas disposiciones que dan un valor de rango constitucional a las normas internacionales en materia de derechos humanos. Se puede hacer referencia por ejemplo, al artículo 46 de la Constitución de Guatemala, al artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, al artículo 5 de la Constitución de Brasil, al artículo 75 de la Constitución de Argentina, al artículo 17 de la Constitución de Ecuador^f y al artículo 23 de la Constitución de Venezuela.

Además, el valor normativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reconocido por diversos Tribunales Constitucionales; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha calificado dicha jurisprudencia a la luz de una guía para la interpretación de las disposiciones de la Convención,³⁷ la Corte Suprema de Justicia de Venezuela declaró la inconstitucionalidad de actos jurídicos en contraste con la jurisprudencia internacionales.³⁸ Mientras en modo incisivo la Sala Constitucional de Costa Rica afirmó que la jurisprudencia de los órganos de justicia interamericana posee “el mismo valor que la norma interpretada.”³⁹

La influencia de la normativa y de la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales genera un verdadero bloque de constitucionalidad, y alimenta una tendencia constitucional de particular interés: se están creando las condiciones para dar vida a una verdadera y propia jurisdicción constitucional interamericana, la cual es susceptible de producir un círculo virtuoso que permite al derecho nacional especificar e implementar sus propios *standards* de tutela. Tal proceso de osmosis favorece la formación de comunes tradiciones constitucionales capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal de referencia.⁴⁰

De tal integración derivan algunas consecuencias importantes de orden constitucional, capaces de reforzar la garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos.

En primer lugar, los derechos reconocidos por el ordenamiento constitucional de los países en particular deben interpretarse conforme a la interpretación y a la jurisprudencia de los órganos internacionales, sobre todo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁵ L.DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, cit., 51ss.

³⁶ DE ARECHAGA, *La convención americana de derechos humanos como derecho interno*, in *Boletín de sociedade brasileira de direito internacional*, Brasilia, 1987-89, 35ss; H.ESPIELL, *El derecho internacional en la jurisdicción constitucional*, in (AA.VV.) *La jurisdicción constitucional*, San José, 1993, 61 ss; H.FX ZAMUDIO, *el derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos*, in (AA.VV.), *The modern world of human rights*, San José, 1996, 159 ss; L.P.MORA MORA, *El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense*, in (AA.VV.) *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, 1996, 67 ss.

³⁷ sentencia “Bramajo” del 12.9.1996

³⁸ sentencia 14.10.97

³⁹ sentencia 20312-95.

⁴⁰ G.ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quaderni cost.*, 1997, 419 ss.

En segundo lugar, tales derechos –en cuanto incorporados al ordenamiento nacional por decisión del poder constituyente- representan un límite a las decisiones y al comportamiento del poder constituido.

En tercer lugar, los derechos reconocidos a nivel internacional son inmediatamente justiciables a través de los múltiples procedimientos de recurso directo ante los tribunales constitucionales previstos por las cartas constitucionales de América latina.

En cuarto lugar, los derechos contenidos en los Tratados y en las declaraciones internacionales deben interpretarse según la buena fe y conforme a las finalidades perseguidas por éstos. De hecho, según el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos ninguna disposición de la misma puede interpretarse para “excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

4.La peculiaridad del sistema latinoamericano de justicia constitucional: un sistema orientado a la tutela de los derechos fundamentales

Es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una significativa difusión de la justicia constitucional: un desarrollo que ha interesado en manera homogénea los diversos ordenamientos jurídicos, transformando los tribunales constitucionales en la institución más difusa en las Constituciones más recientes y más típica en el constitucionalismo del siglo pasado.⁴¹

El éxito de la justicia constitucional y la amplia circulación de sus modelos, se debe, a nuestro parecer, a la naturaleza de las finalidades que persigue, es decir, a la rigidez constitucional, al principio de supremacía de las normas constitucionales y a la consecuente ilegitimidad de los actos contrarios a la propia Constitución.

En primer lugar, la justicia constitucional, de acuerdo con la teoría kelseniana de la Corte Constitucional como “legislador negativo”, responde a la necesidad de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer una íntima coherencia, no sólo anulando las normas de ley contrastantes con las de rango constitucional, sino también ejerciendo la función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales, o bien, de unificación de los ordenamientos jurisprudenciales en orden a los diversos artículos de la Constitución.

En segundo lugar, la justicia constitucional –coherentemente con las elaboraciones en tema de “custodio de la Constitución”, se propone asegurar el equilibrio institucional entre los poderes del Estado y entre los diversos niveles institucionales. Los jueces constitucionales, refuerzan su posición sistémica de defensores de la Constitución desarrollando un rol arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de separación de poderes, entendido tanto en su proyección horizontal como vertical. Gracias a la presencia de los Tribunales Constitucionales los conflictos que surgen entre los poderes y entre los diversos niveles institucionales están canalizados al interno de procedimientos jurisdiccionales en lugar de encontrar una solución de carácter meramente político.

Por último, según una importante definición doctrinal que califica las Cortes como “jueces de las libertades”,⁴² el proceso constitucional se considera comúnmente como la sede en la cual se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (osea los gobernantes) garantizando los derechos de los gobernados se vigila con el fin de que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución. Se debe considerar que la justicia constitucional ha constituido la principal y más eficaz respuesta

⁴¹L.PEGORARO,*Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*,Giappichelli,Torino,1998,39ss;G.LOMBARDI (cur.),*Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*,Maggioli,Rimini,1979;J.LUTHER-R.ROMBOLI-R.TARCHI,*Esperienze di giustizia costituzionale*,Giappichelli,Torino,200;J.JULIO FERNANDEZ RODRIGUEZ,*La justicia constitucional europea ante el siglo XX*,Tecnos,Madrid,2002; M.MAZZA,*La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam,Padova,1999; M.VERDUSSEN (dir),*La Justice constitutionnelle en Europe centrale*,Bruylant,Bruxelles,1997S.BARTOLE,*Modelli di giustizia costituzionale a confronto:alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*,Quaderni cost.,1996,230ss;

⁴²M.CAPPELLETTI,*La giurisdizione costituzionale delle libertà*,Milano,1950

y sucesivamente instaurando verdaderos tribunales constitucionales, el primero de los cuales fue instituido en Cuba en 1940.⁴⁹

En segundo lugar, el sistema iberoamericano de justicia constitucional se señala por la heterogeneidad de las experiencias que hacen de tal realidad un verdadero y propio *patchwork* constitucional. Baste considerar que actualmente conviven en tal continente: tribunales constitucionales externos al poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú), tribunales constitucionales internos al orden judicial (Bolivia y Colombia), Salas Constitucionales autónomas, como articulación de las Cortes Supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela) y Tribunales ordinarios que desarrollan funciones de justicia constitucional (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).⁵⁰

También bajo el perfil de las modalidades de acceso a la justicia constitucional, América latina constituye “un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional”: en algunos países coexiste el control concentrado ante un Tribunal constitucional, con el control difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina); el control sucesivo con el preventivo (Bolivia y Colombia), el control preventivo del tribunal constitucional con el sucesivo de la Suprema Corte de Justicia (Chile), controles de constitucionalidad y recursos de amparo.⁵¹

La convivencia entre sistemas concentrados y *judicial review* ha inducido a algunos autores a calificar el sistema latinoamericano como “difuso concentrado.”⁵²

⁴⁹ D.GARCIA BALAUDE, *El Tribunal de garantías constitucionales y sociales*, Lima, 2002.

⁵⁰ E.FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, cit., 65 ss.

⁵¹ D.GARCIA BELAUDE – F.FERNANDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; E.FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2002.

⁵² D.GARCIA BALAUDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2002, 129 s

⁵³ F.FERNANDEZ SEGADO (cur.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003.

⁵⁴ A.LIRA GONZALEZ, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, 1972

⁵⁵ E.FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en*

⁵⁶ .PALOMINO MANCHEGO, *La primera sentencia de Amparo en México*, in *Revista peruana de derecho público*, 2003, 6, 135

⁵⁷ M.CAPPELETTI, *Dimensione de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, 1992, 45 ss; V.GIMENO SENDRA – L.L.JOSE GALENI, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, 237 ss.

⁵⁸ .MENENDEZ VILLAVARDE, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; J.J.FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; V.BAZAN (cur.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, 1997; P.DEMIRZARY PEREDO, *La inconstitucionalidad por omisión*, in *Anuario iberoamericano de justicia constituc*

Pero, sobretudo la originalidad del modelo latinoamericano de justicia constitucional se evidencia en la introducción del juicio de amparo, como instrumento privilegiado de garantía jurisdiccional de los derechos reconocidos y garantizados por la Constitución. Tal institución procesal puede clasificarse entre los casos mas evidentes de circulación “en sentido inverso” de modelos del nuevo al viejo continente: a causa de la evidente influencia que la experiencia latinoamericana ha tenido en la reciente codificación de algunos Estados europeos, particularmente en la Constitución española de 1978.⁵³

Respecto al origen historico del amparo, si excluimos las referencias a la cultura prehispanica (contestables porque el amparo presupone no sólo la existencia del poder judicial, sino también de un catálogo de derechos por garantizar) podemos remitirnos a la institución española del amparo colonial, que es una institución procesal que tenía por objeto la protección de los derechos de la persona que se consideraban violados por actos ilegítimos.⁵⁴ Es interesante notar que el primer caso concreto de amparo colonial historicamente determinado fue la petición presentada al virrey por un grupo de indios que reivindicaban la restitución de tierras y poseídas por sus antepasados.

En una prospectiva histórica, podemos citar tambien el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana del 22 de octubre de 1814, -que ha sido considerado por la doctrina, el símbolo mas puro del ideal insurgente-⁵⁵ en el que se codificaron los derechos y las garantías individuales; en particular se reconocía en el artículo 127 el derecho de todo ciudadano a presentar reclamaciones contra las infracciones a los derechos fundamentales reconocidos.

Sin embargo, las referencias constitucionales mas apropiadas nos llevan a la experiencia mexicana, en la cual se inspiraron todos los demas ordenamientos constitucionales de América latina. En ámbito estatal se puede recordar el artículo 8 de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, que preveía el amparo para proteger a los ciudadanos frente a actos o leyes de las autoridades, mientras en ambito federal, el juicio de amparo encontró reconocimiento en los artículos 101 y 102 de la carta federal del 5 de febrero de 1857.⁵⁶

Si el juicio de amparo afonda su origen en el primer constitucionalismo latinoamericano, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por la presencia en los documentos constitucionales, de una institución procesal que la doctrina ha calificado como amparo interamericano, como amparo internacional o bien como *Bill of rights* transnacional.⁵⁷ En este caso el recurso se presenta cuando las violaciones a los derechos humanos no pueden ser sanadas por medio de las instituciones procesales previstas por el derecho interno, y entonces se recurre a la jurisdicción internacional de derechos humanos.

Tal institución está prevista por ejemplo en la Constitución de Venezuela, cuyo artículo 31 reconoce a toda persona jurídica, el derecho de presentar peticiones, solicitando “el amparo de sus derechos humanos” en las formas previstas en las Convenciones internacionales ratificadas por el Estado. Mientras el artículo 18 de la Constitución de Ecuador establece que, “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, seran directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

En estas y otras cartas internacionales es evidente la referencia a la Convención Interamericana, que reconoce a toda persona, física o jurídica, el derecho de presentar peticiones denunciando la lesión de derechos reconocidos por la misma Convención, asi como sanciona que las decisiones deben considerarse vinculantes para los Estados, con base en el principio internacional de buena fe y deben cumplirse utilizando los mismos procedimientos que los ordenamientos en particular prevén para ejecutar las decisiones tomadas por los órganos nacionales contra el Estado.

Otra institución, típica de la justicia constitucional latinoamericana, que fue introducida con el fin de mejorar la garantía de los derechos fundamentales de la persona es la acción de inconstitucionalidad por omisión, gracias a la cual, las normas contenidas en el texto de la Constitución deben encontrar aplicación igualmente en el caso de inercia total o parcial del legislador.⁵⁸ Como hemos dicho, la inconstitucionalidad por omisión puede activarse respecto al legislador cuando “el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata pues de un simple no hacer negativo, sino de no hacer lo que de forma concreta y explicita estaba obligado constitucionalmente.”[□] Dicha institución procesal, moviéndose alrededor del norteamericano *writ of mandamus*, reconoce al ciudadano que se considere lesionado en un derecho constitucional a causa de la inercia de los poderes públicos, la posibilidad de recurrir al magistrado –en general la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional-, para que éste, reconociendo la necesidad de una intervención pública para lograr el goce de un derecho de prestación, ordene a la administración a proveer y al legislador a normar.

En general, el juez puede remediar una omisión en forma unilateral, trámite una sentencia interpretativa, la actuación directa de la prescripción constitucional en sede pretoria, o el recurso al

ordenamiento internacional, o bien, en forma bilateral, a través de una colaboración entre el tribunal y la autoridad que dio lugar a la conducta omisiva, la indicación de un término en el que debe legiferarse, o recomendaciones al legislador.

La acción de inconstitucionalidad por omisión está prevista, por ejemplo, en Costa Rica, y precisamente en virtud del artículo 73 párrafo f) de la ley sobre la jurisdicción constitucional n. 7315 del 18 de octubre de 1989. el control puede activarse de oficio por el Contralor General de la República, por el Fiscal General de la República y por el Defensor de los Habitantes. Para que se pueda recurrir a la Sala Constitucional debe existir previamente un contencioso ante los órganos jurisdiccionales ordinarios y administrativos, a menos que la naturaleza de la lesión no produzca efectos individuales y directos, o que se trate de intereses difusos o que interesen a la comunidad en su conjunto.

En Argentina, tal competencia está codificada en la Constitución de la Provincia de Río Negro en Patagonia a través de la combinación dispuesta en el artículo 14 (que afirma la directa operatividad de los derechos y de las garantías enumeradas en la Constitución) y del artículo 207.2.d. (que atribuye al Superior Tribunal de Justicia la competencia para intervenir en caso de falta de cumplimiento de una norma de la que derivan obligaciones concretas a cargo de los poderes públicos): el ordenamiento argentino prevé que el Tribunal, declare la omisión e integre el orden normativo violado a causa de la misma. En caso de ulterior inactividad por parte de los poderes públicos, se reconoce una indemnización.

En Perú, a su vez, el artículo 295 de la Constitución, prevé acciones de garantía cada vez que se violen los derechos constitucionales a causa de acción o de omisión de “actos de cumplimiento obligatorio”.

Sin embargo, la experiencia mas notable es la de Brasil; el artículo 103.2 de la Constitución de 1988 establece que una vez que el Tribunal Federal Supremo haya verificado la existencia de una omisión por parte de un poder del Estado, que tiene como efecto el volver ineficaz una norma constitucional, se insta al poder que no ha cumplido a la emisión del acto, y si se trata de un órgano de la administración, el tiempo previsto para tal cumplimiento es de 30 días. En el caso de que la omisión tenga por objeto el goce de un derecho fundamental, está prevista una institución particular, el *mandado de injunção*, que se encuentra en el artículo 5,c.71 constitucional, que establece el *mandado* como rímadio a la falta de normas reguladoras relativas a los derechos y a las libertades constitucionales y a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.

Se trata de un control de constitucionalidad por omisión, de tipo concreto, que puede ser ejercitado por el Tribunal Federal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia y por todos los órganos jurisdiccionales, sean éstos militares, electorales, del trabajo o federales. □ □ □