

LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA Y LA ORIGINALIDAD DE LAS EXPERIENCIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

GIANCARLO ROLLA*

SUMARIO

1. CARACTERÍSTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DEL PERÍODO DE LA INDEPENDENCIA.—2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y EL DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. LA PLURALIDAD DE SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA.—4. TIPOS Y CLASIFICACIONES DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A) Los recursos sectoriales. B) Los recursos generales.

1. CARACTERÍSTICAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DEL PERÍODO DE LA INDEPENDENCIA

Si se sigue la opinión de uno de los principales constitucionalistas de América latina, puede afirmarse que el «primer» constitucionalismo latinoamericano —entendiendo por tal expresión la cultura constitucional que dio forma a los Estados de este continente, inmediatamente después de la conquista de la independencia— se distingue por algunas características como la heterogeneidad, la no originalidad y la peculiaridad¹.

La heterogeneidad se produjo, una vez desapareció la homogeneidad impuesta en el período colonial, al pasarse de la unidad política del Reino de las Indias a una pluralidad de subsistemas constitucionales, diferentes

* Catedrático de Derecho Constitucional Comparado. Universidad de Génova (Italia).

¹ Cfr., D. GARCÍA BELAUNDE, «¿Existe un espacio público latinoamericano?», en *Estudios constitucionales*, 2003, 65.

aunque comparables, representados por México y Centroamérica, Venezuela y Colombia, Brasil, Argentina y Uruguay. Ello al mismo tiempo que los sistemas constitucionales de Perú y de Chile presentan ciertas singularidades.

La no originalidad deriva, fundamentalmente, de los lazos estrechos y duraderos que unieron al continente latinoamericano con el derecho europeo a causa de la experiencia colonial.

Se considera así, al respecto, la influencia jurídica ejercitada por el *ius commune*, por la escuela del Derecho natural y por el iunaturalismo; pero también los condicionants culturales ejercidos por España, que fueron determinantes para la configuración de la identidad de América latina. La doctrina alude en este caso, a un fenómeno de infiltración subterránea, desde el momento en que tres siglos de dominación política no podían no dejar una señal indeleble en la cultura del continente.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, la común trayectoria jurídica de España y la colonia culminó en la experiencia de las Cortes de Cádiz, desde el momento en que la influencia cultural y política de dicha experiencia fue mucho más allá del período de tiempo limitado de su vigencia. Se trató de la primera apertura a las ideas del constitucionalismo liberal moderado; y todavía hoy la Constitución de 1812 es considerada «el primer y único intento que realizó la clase política española conjuntamente con América, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera commonwealth»². Su influencia sobre el constitucionalismo latinoamericano derivó no sólo de los vínculos políticos que unían a dicho continente con España, sino también de la decisión de asociarse en las decisiones constituyentes representadas en tal continente, y que proporcionaron al debate una contribución peculiar, concediendo a este texto una cierta vocación americanista³.

Pero también fue determinante la influencia del constitucionalismo contemporáneo europeo y norteamericano, es decir, del proceso histórico y cultural que —a raíz de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII— marcó la crisis del Estado absoluto y la afirmación del Estado constitucional de derecho.

² Con respecto a la influencia de la Constitución de Cádiz, *Vid.*: B. CLAVERO, *Anual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989; BERRUEZO LEÓN, *La presencia americana en las Cortes de Cádiz*, en *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, 53 ss.; J. GARCÍA LAGUARDIA, *Orígenes de la democracia constitucional en Centro América*, S. José, 1976; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional», en *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, 13 ss.

³ Debe tenerse en cuenta que de los 303 diputados de la Asamblea constituyente, 63 provenían de América latina.

Dentro del impulso revolucionario producido por los movimientos de independencia, las ideas liberales dejaron huellas evidentes en los primeros textos constitucionales de América latina, que se dirigen, sobre todo, a la introducción de correctivos a la concentración del poder, bien a través del reconocimiento del principio de la separación de poderes, bien mediante el criterio de la alternancia en el gobierno en virtud de la prohibición de reelección de los cargos. El principio del poder limitado se encuentra, por ejemplo, en los arts. 13 y 14 de la Constitución de Perú de 1839⁴, en el Título V, art. 2 de la Constitución de Venezuela de 1819⁵, en el art. 22 de la Constitución de Argentina de 1853⁶, o en el preámbulo de la Constitución de Chile de 1828⁷. Asimismo, la afirmación de la soberanía popular y el principio representativo se recogieron en el art. 40 de la Constitución de México de 1917⁸, en el art. 12 de la Constitución de Perú⁹, en el at. 1 de la Constitución argentina¹⁰, y en el art. 21 de la Constitución chilena¹¹. Por otro lado, se reconocieron los tradicionales derechos del individuo: desde la libertad personal y del domicilio, hasta el derecho a la propiedad, o desde la libertad de las comunicaciones, hasta la de manifestación del pensamiento.

En cualquier caso, los textos constitucionales son tributarios del perfil formal del constitucionalismo liberal: es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Venezuela cuyos primeros tres artículos parecen reproducir muchos preceptos de la Declaración francesa de los derechos y de las libertades¹². No obstante, en otros casos, las Constituciones acogen solucio-

⁴ «El ejercicio de la soberanía reside en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los tres Poderes podrá salir de los límites que le prescribe la Constitución».

⁵ «El pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí otras atribuciones de la Soberanía que la de las elecciones, ni puede depositarla sola en unas solas manos. El poder soberano estará dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo, y judicial».

⁶ «El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición».

⁷ «La Constitución establece las más formidables garantías contra los abusos de toda especie de autoridad; de todo exceso de poder».

⁸ «Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal».

⁹ «El Gobierno de la nación peruana es popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo».

¹⁰ «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución».

¹¹ «La Nación chilena adopta para su gobierno la forma de República representativa popular, en el modo que señala esta Constitución».

¹² Art.1: «Son derechos del hombre la libertad, la seguridad, la propiedad, y la igualdad. La felicidad general que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos». Art.2: «La libertad es la facultad que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté pro-

nes diversas debido a la fuerza atractiva de la tradición española o del constitucionalismo norteamericano: así se evidencia, por ejemplo, en materia de libertad religiosa donde algunos Estados reconocen el pluralismo religioso (México)¹³, mientras otros constitucionalizan los caracteres de la religión católica apostólica y romana como única religión del Estado (art. 3 de la Constitución peruana, art. 2 de la Constitución argentina, y art. 3 de la Constitución de Chile).

Sin embargo, si bien no hay duda de que América Latina ha participado plenamente «del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional»¹⁴, es igualmente cierto que ello se produjo sobre la base de un original proceso, en el sentido de que las soluciones constitucionales introducidas en la fase de independencia contenían significativos elementos de diferenciación respecto a la experiencia contemporánea europea. Esto ha permitido sostener que «Europa es la matriz, pero América Latina es una realidad propia»¹⁵. No hay que olvidar que la introducción de instituciones propias del constitucionalismo norteamericano y francés en una cultura institucional distinta ha generado resultados muy diferentes en comparación con los prototipos de referencia, como claramente pone de manifiesto la parábola del federalismo y del presidencialismo en América Latina¹⁶.

Además, los ordenamientos republicanos se calificaron como representativos —si bien bajo un sufragio restringido—, aunque nunca lograron llegar a ser verdaderamente democráticos. Mientras, los cambios relativos a las estructuras institucionales no fueron acompañados de una transformación coherente de las relaciones económicas y sociales, de una sustancial penetración en su orden interno, de los valores y de los principios del constitucionalismo. En consecuencia, la historia constitucional de América

hibido por la ley. La ley es la única regla a que debe conformar su conducta». Art.3: «La expresión libre y soberana de la voluntad general manifestada de un modo constitucional, es lo que constituye una ley. Ella no puede mandar sino lo justo y útil; no puede prohibir sino lo que es perjudicial a la sociedad ni puede castigar sino al criminal».

¹³ Concretamente, la Constitución mexicana garantiza en el art. 24 la «libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios».

¹⁴ Así: H. GROSS ESPIELL, «El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 149.

¹⁵ Véase: D. GARCÍA BELAUNDE, *¿Existe un espacio público latinoamericano?*, cit., 66.

¹⁶ Con respecto a la experiencia federal, ver: D. VALADÉS, *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, 2005; N. CARLOS SANTIAGO, *El presidencialismo puesto a prueba*, Madrid, 1992; J. LINZ, *Las crisis del presidencialismo*, Madrid, 1997; AA. VV., *Presidentialism and democracy in Latin America*, New York, 1997. Respecto al federalismo, nos remitimos a F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El federalismo en América Latina*, Siena, 2001.

Latina —inmediatamente después de la fase independentista—, evidencia un progresivo alejamiento del espíritu (más que de la letra) del constitucionalismo europeo.

2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y EL DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si analizamos la reciente evolución constitucional de numerosos ordenamientos de América latina a la luz de las experiencias anteriores, parece evidente tanto la discontinuidad que separa las vigentes Constituciones de aquéllas del pasado, como las novedades que se produjeron en la evolución del pensamiento jurídico, hasta tal punto que la doctrina ha acuñado un neologismo al aludir al «neoconstitucionalismo» latinoamericano¹⁷.

Los rasgos esenciales de este cambio se pueden observar, principalmente, a través de tres elementos: la naturaleza del proceso constituyente, la aparición de una idea diversa de Constitución, y el perfeccionamiento de las técnicas de garantía de los derechos fundamentales.

Por lo que respecta a los procesos constituyentes se han producido, sobre todo, transiciones democráticas. Es decir, la formación de nuevos ordenamientos constitucionales caracterizados por tres elementos¹⁸: en primer lugar, desde el punto de vista de los resultados, se ha asistido a un proceso unidireccional, en el sentido de que ha tenido lugar el cambio de una forma de Estado autoritario a un ordenamiento democrático; por lo que concierne al proceso de desarrollo de la transición, la característica más destacada ha sido su aspecto pacífico. Finalmente, se han generado Constituciones *pactadas*, en el sentido de que, en algunos casos, las figuras destacadas del viejo régimen han participado en la elaboración de las

¹⁷ Así, D. VALADÉS, «El nuevo constitucionalismo iberoamericano», en F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, cit., 471 ss. Véase también: AA.VV., *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; D. VALADÉS - M. CARBONELL (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2000.

Para una reconstrucción histórica: J. SOBERANES FERNÁNDEZ, *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; M. FERRER MUÑOZ, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, 1996; E. DE LA TORRE VILLAR - G. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976; B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, México, 1992.

¹⁸ Véase, respecto a las consideraciones generales de este fenómeno: E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milán, 2002; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, 1998; L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Turín, 2000; MICHEL CARDUCCI (coord.), *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie -Africa e America Latina*, Milán, 1998.

nuevas Constituciones, siendo investidas –al menos en un primer momento–, de responsabilidades de gobierno; mientras, en otros casos, el proceso de negociación ha involucrado a las fuerzas de la oposición y a los miembros destacados de la guerrilla¹⁹.

Se trata de un fenómeno claramente positivo, dentro del cual encontramos, no obstante, algunos riesgos que se resumen a través de la idea del peligro de creación de una democracia «incompleta» o —como han dicho algunos autores— «incierta»²⁰. Entre estos riesgos se pueden señalar, desde nuestro punto de vista, el hecho de que no siempre el retorno a la democracia se haya acompañado del establecimiento de adecuados «anticuerpos» institucionales, como, por ejemplo, el fortalecimiento de la separación de poderes, la potenciación de las instituciones de control, o la mejora de los mecanismos propios de la democracia representativa.

Así, en algunas experiencias ha sido posible conseguir una especie de «olvido» del pasado, en lugar de llevar a cabo una clara discontinuidad con respecto a los regímenes anteriores. Piénsese, por ejemplo, en la transición democrática en Chile que, a causa del papel crucial desempeñado por el ejército y de la «molesta» presencia del general Pinochet, vivió una estrecha contradicción entre la consolidación de los nuevos principios democráticos (garantía de los derechos fundamentales, pluralismo político, elección de los órganos políticos-representativos) y la dificultad de aprobar disposiciones capaces de marcar una clara ruptura con la Constitución política aprobada por la Junta militar previa al Gobierno²¹. Por otro lado, estaría la experiencia constitucional de Argentina, marcada por el intento de favorecer una reconciliación nacional a través de los decretos de indulto o de la aprobación de las Leyes de obediencia debida y punto final²².

Desde el prisma, por otra parte, de la teoría de la Constitución se asiste a una profunda novedad derivada del surgimiento de la idea normativa

¹⁹ Hay que considerar, por ejemplo, el proceso de negociación en Colombia con miembros de la guerrilla, que facilitó la reforma constitucional de 1991; las modificaciones introducidas en la Constitución de El 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, que sirvieron de base para la reforma constitucional de 1994; el pacto entre los opositores al gobierno militar favoreció la reforma constitucional en Brasil, en 1988.

²⁰ Véase sobre este punto. L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Turín, 2000.

²¹ Véase al respecto: G. ROLLA, «Luci ed ombre dell'esperienza delle transizioni «patadas». Brevi considerazioni sui limiti della vigente Costituzione in Chile», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 1720 ss.

²² Véase por todos, C. PIZZOLO, «Los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistía. El caso argentino y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia», en *Ponencias desarrolladas*, Arequipa, 113 ss.

de la Constitución, como vínculo jurídico sancionable frente a todos los poderes públicos²³. Las Constituciones ya no se consideran sólo un documento preferentemente político y programático, sino que son un conjunto de normas supremas susceptibles de inmediata y directa aplicación; no representan un manifiesto político, un «canal de comunicación» de ideologías y principios institucionales²⁴, sino más bien un parámetro para evaluar la legitimidad de los hechos y las conductas realizadas por todo los poderes constituidos²⁵.

Se afirma la primacía de la Constitución y su respeto se convierte en parte necesaria del principio de legalidad, de lo que deriva una progresiva jurisdiccionalización del derecho constitucional que marcará el cambio definitivo del Derecho político al Derecho constitucional: es decir, de la idea de garantía política de la Constitución a la de justicia constitucional.

En la fase histórica siguiente a la conquista de la independencia y a la difusión del pensamiento de Bolívar, que en su mensaje de 26 de mayo de 1826 al Congreso constituyente de Bolivia había evidenciado la necesidad de introducir formas de control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos²⁶, los constituyentes estuvieron claramente influidos por las teorías de la «defensa política» de la Constitución.

Los revolucionarios franceses, conscientes de que la ley podría ser injusta y contraria a los derechos del individuo, no admitían, todavía, la posibilidad de introducir un control del legislador por parte de los jueces; desde su pensamiento, la tarea de asegurar el respeto de la Constitución debería haber sido atribuida, de conformidad con el principio de la soberanía nacional, a un órgano políticamente representativo o bien directamente al cuerpo electoral. De ahí la propuesta de reservar tal competencia a los órganos de naturaleza política: como el Senado, el *jurie constitutionnaire* identificado por Sieyès, o el Jefe del Estado.

Un eco de este debate se encontrará en la Constitución de Cádiz de 1812, que imponía al Parlamento el examen de los casos de violación de la Constitución, y la asunción de la potestad decisoria necesaria para evi-

²³ Sobre el valor normativo de la Constitución son fundamentales los trabajos de: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1954; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

²⁴ H. GROS ESPIELL, «El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 149. Define los documentos constitucionales del primer constitucionalismo como «un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban».

²⁵ Véase J. BIDART CAMPOS, «La codificación constitucional y la Constitución real», en *Libro homenaje a Manuel García Pelayo*, I, Caracas, 1980.

²⁶ Sobre el pensamiento político e institucional de Bolívar, vid. E. ROZO ACUÑA, *Bolívar: obra política y constitucional*, Madrid, 2007.

tar su reiteración y sancionar las consiguientes responsabilidades. Así, siempre desde una perspectiva histórica, puede citarse el Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana de 22 de octubre de 1814, cuyo artículo 127 reconocía el derecho de cada ciudadano a presentar las oportunas reclamaciones contra las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos; mientras, a su vez, el art. 8 de la Constitución de Yucatán de 31 de marzo de 1841 permitía recurrir contra actos o leyes de los poderes públicos²⁷.

La influencia del pensamiento constitucional francés se encuentra en diferentes cartas constitucionales del período independentista, en el que la tarea de velar por el respeto de las normas constitucionales se confía a los órganos del poder legislativo, como la Cámara de Censores en la Constitución política de Bolivia de 1826 o el Congreso en la Constitución de Perú de 1823, o a los órganos consultivos, como el Consejo de Estado de la Constitución ecuatoriana de 1851²⁸.

Un tercer elemento novedoso del neoconstitucionalismo de América latina se refiere a la mejora y depuración de las técnicas de codificación y de garantía de los derechos fundamentales.

Ante todo, se pone en evidencia la conciencia de la estrecha integración existente entre la democracia y los derechos: diversas Constituciones —en el preámbulo o en disposiciones especiales— configuran el Estado democrático como la única forma de organización político-institucional capaz de asegurar los derechos y la dignidad de la persona, y consideran el respeto de los derechos de la persona como un límite al ejercicio de la soberanía²⁹.

Desde la perspectiva de la técnica de codificación de los derechos, las Constituciones latinoamericanas parecen todas favorables a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos: la codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar de modo detallado los perfiles de la personalidad y del modo de obrar humano que vienen tutelados. Esta elección responde, desde nuestro punto de vista, a la intención de los constituyentes americanos de establecer una separación respecto a los anteriores regímenes autoritarios, evidenciando la ruptura política e

²⁷ Vid. H. FIZ ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2003, 428 ss.

²⁸ Para consideraciones más puntuales, véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La giurisdizione costituzionale in America latina e la sua problematica nel XX secolo*, Lecce, 2007, 19 ss.

²⁹ Así, las Constituciones de Venezuela, Brasil, El Salvador y Guatemala. A su vez, el art. 5.2 de la Constitución de Chile considera que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Mientras, el art. 1 de la Constitución de Perú y el art. 59 de la Constitución hondureña afirman solemnemente que «la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable».

institucional que separa al actual ordenamiento constitucional del precedente³⁰.

Pero la especificación también cumple una función de garantía, tanto en los ordenamientos constitucionales donde no hay órganos jurisdiccionales profesionales y dotados de un estatus constitucional de autonomía e independencia del poder político, como en aquellos otros donde la representación política no siempre está dispuesta a salvaguardar la sustancia de los derechos constitucionales de la persona. De hecho, esta técnica de codificación ofrece parámetros más detallados para la actividad interpretativa de los jueces y para la actividad específica del legislador, lo que permite, por un lado, sortear la inercia de las asambleas legislativas y, por otro lado, limitar la actividad pretoriana de los jueces.

Siempre en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, cabe señalar la referencia a una noción más avanzada de la persona, que coloca el valor de la libertad al lado de la dignidad, y que enriquece el principio de igualdad de nuevos significados; e igualmente el fortalecimiento de los instrumentos de garantía, entre los que se encuentra la regulación en sentido garantista, de los estados de excepción, la introducción en las Constituciones de cláusulas de apertura a los ordenamientos internacionales, y la previsión de una amplia gama de instrumentos de justicia constitucional orientados a la tutela directa de los derechos.

3. LA PLURALIDAD DE SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

En las primeras codificaciones constitucionales se produjo un tránsito desde las teorías de la defensa política de la Constitución —inspiradas en la Francia revolucionaria—, hacia las primeras configuraciones de justicia constitucional en forma de *judicial review* de inspiración norteamericana.

La *vis* atractiva de la experiencia constitucional de los Estados Unidos de América favoreció la introducción de formas de justicia constitucional difusa, con la atribución al Tribunal Supremo del monopolio del control de constitucionalidad. Valga por todos el ejemplo de Argentina, donde el control de constitucionalidad vino ejercido por los tribunales federales sobre la base de criterios absolutamente derivados de la experiencia de Estados Unidos: especialmente en lo referido, de un lado, al rechazo de cuestiones abstractas y controles preventivos, y, de otra parte, a la necesi-

³⁰ Sobre las características de las técnicas de especificación de los derechos, nos remitimos a: G. ROLLA, «Tecniche di positivazione e clausole di interpretazione dei diritti fondamentali. Alcune considerazioni a proposito delle recenti codificazioni dei diritti nell'Unione europea», en *Studi in memoria di G. Floridia*, Nápoles, 2009, 661 ss.

dad de que dicho control tenga lugar durante un juicio y sobre la base de un daño sufrido por el titular de un derecho.

En estas últimas décadas, por el contrario, se asiste a una creciente influencia de los sistemas de justicia constitucional de inspiración europea, caracterizados por un control concentrado y abstracto, y por la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales sancionen con efecto *erga omnes* las normas contrarias a la Constitución.

A juicio de la doctrina, el prototipo de control concentrado en el continente americano se observa en la breve experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, probablemente inspirado en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de la Segunda República española. Dicho órgano fue previsto por la Constitución cubana de 1940 y se activó tras la aprobación de la ley orgánica de 1949. Su vigencia se suspendió a raíz del golpe de Estado del General Batista (1942), pero fue restaurada por el gobierno revolucionario cubano en 1959, estando operativa hasta su definitiva supresión en 1976³¹.

Su existencia —aunque limitada si se mide en términos temporales y por la incertidumbre generada desde el punto de vista de su eficacia y operatividad— ha ejercido, sin embargo, una cierta influencia en el constitucionalismo de América latina, construyendo una especie de puente entre el sistema norteamericano —en el sentido de que el control de constitucionalidad era ejercido por el juez de casación— y el europeo —porque a través de la creación de una Sala especializada, se reconocía la especificidad de la función de justicia constitucional—.

Este órgano se configuraba como una Sala del Tribunal Supremo de Justicia con funciones especializadas en materia constitucional, y acumulaba al mismo tiempo tanto la competencia abstracta —es decir, el control de constitucionalidad de las normas y de los procedimientos de los poderes públicos, que podía ser activado a través del recurso directo, o en virtud de una cuestión de legitimidad propuesta por un juez—, como la concreta —al decidir sobre los recursos de amparo para la salvaguarda de los derechos constitucionalmente garantizados y sobre los recursos de apelación contra los procesos de *habeas corpus*. Esta experiencia histórica es interesante, bajo nuestro punto de vista, porque ha unificado en la competencia de un único órgano tanto el control de constitucionalidad, como el recurso de amparo, dando lugar a aquella competencia que, actualmente, se califica como amparo constitucional.

Las tendencias históricas antes mencionadas en materia de control de constitucionalidad —defensa política, *judicial review*, control concentrado,

³¹ Sobre la experiencia cubana del Tribunal de garantías constitucionales vid.: D. GARCÍA BELAUNDE, *El Tribunal de garantías constitucionales y sociales*, Lima, 2002.

recurso de amparo— han llegado finalmente a combinarse en tiempos recientes para generar diversas formas de «contaminación»³², en una especie de *patchwork* constitucional que representa para el comparatista un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional³³.

Por lo que respecta a la estructura del órgano de justicia constitucional, en el continente americano se observa la convivencia de Tribunales Constitucionales externos al poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú), Tribunales Constitucionales que forman parte del orden judicial (Bolivia y Colombia), Salas constitucionales autónomas, articulaciones de Tribunales Supremos (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Venezuela) y tribunales ordinarios que también tienen funciones de justicia constitucional (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá e Uruguay)³⁴.

Además, respecto a las modalidades de acceso, se observa la coexistencia de formas de control concentrado y difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina); de control preventivo y sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile), y de controles de constitucionalidad abstractos y concretos³⁵. En particular, las tradicionales instituciones de tutela directa de los derechos fundamentales —a las que aludiremos seguidamente—, se han enriquecido de nuevas figuras, como el amparo constitucional y el amparo interamericano.

El primer tipo de recurso se presenta ante el Tribunal Constitucional, que decide sobre el recurso de modo excepcional, es decir, llevando a cabo un poder de revisión de las decisiones tomadas por los tribunales ordinarios: esta competencia, está actualmente reconocida por los ordenamientos de

³² Para posteriores consideraciones: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, 40 ss. Véase también: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bolonia, 2000.

³³ Sobre las características generales de la justicia constitucional en América latina, véanse: F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América latina*, Montevideo, 2000, 5 ss.; IDEM, «Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, 2004, 11 ss.; E. PRAELI, «Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 2000, 43 ss.; H. NOGUEIRA ALCALÁ, «Los Tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI», in *Ius et praxis*, 2003, 2, 59 ss.; H. FIZ ZAMUDIO, «La justicia constitucional en América Latina», en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, 1991; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2002.

³⁴ Cfr., E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, cit., 65 ss.

³⁵ Ver: D. GARCÍA BELAUNDE – F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, op. ult. cit.

Bolivia³⁶, Colombia³⁷, Costa Rica³⁸, El Salvador³⁹, Guatemala⁴⁰, Nicaragua⁴¹ y Perú⁴².

³⁶ En Bolivia, el art. 120 de su Constitución atribuye al Tribunal constitucional tanto la competencia sobre las resoluciones del Parlamento susceptibles de incidir en los derechos y garantías de la persona (120.5), como el poder de revisión de oficio de los recursos de amparo y de habeas corpus (120.7). La *ratio* de estas competencias, introducidas con la reforma constitucional del 12 de agosto de 1994, n. 1985, se encuentra en el hecho de que los derechos ocupan una posición particular en el ordenamiento constitucional del Estado, que sus lesiones representan una vulneración de la propia esencia del texto constitucional. El recurso para la revisión de oficio debe presentarse al menos 24 horas antes de la decisión jurisdiccional (art. 93 y 102.1 de la Constitución) y la decisión del Tribunal tiene efectos *inter partes*. Si el juez constitucional aprecia responsabilidades puede determinar una indemnización (en el caso de responsabilidad civil) o ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal en caso de responsabilidad penal.

Los recursos contra las resoluciones del *Congreso nacional* o de una de las dos Cámaras deben ser presentados, sin embargo, en el plazo de treinta días y el Tribunal, en caso de estimación, anulará el acto parlamentario lesivo del derecho: si, en cambio, decide desestimar el recurso podrá imponer al recurrente una multa y el pago de los gastos procesales.

³⁷ Cfr., G. CABALLERO – M. ANZOLA, *Teoría Constitucional*, Bogotá, 1999; E. REY, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Controles de Constitucionalidad y legalidad*, Cali, 1994.

³⁸ Cfr., J. MIGUEL VILLALOBOS, «El recurso de amparo en Costa Rica», en *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América latina*, Talca, 2000, 215 ss.; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Las Libertades Públicas en Costa Rica*, San José, 1990; R. PIZA ESCALANTE, «La Justicia Constitucional en Costa Rica», en *Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España*, Lisboa, 1995.

³⁹ El Salvador ha sido —después de México— el segundo ordenamiento de América latina que ha introducido la institución del amparo, prevista en el art. 37 del la Constitución de 1886. Inicialmente, la competencia pertenecía a la Suprema Corte de Justicia o a los Tribunales de segunda instancia.

En cambio, el art. 174 del la vigente Constitución ha atribuido esta competencia a la Sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia que, en particular, decide: sobre los recursos de amparo, contra las vulneraciones de los derechos constitucionales; sobre los recursos de hábeas corpus o exhibición personal, para la tutela de la libertad personal y de la dignidad e integridad física, psíquica y moral de los detenidos; sobre los procedimientos de «suspensión, pérdida y rehabilitación de los derechos de ciudadanía», activados por aquellos ciudadanos que corren el riesgo de ser privados de sus derechos políticos.

En particular, la Sala constitucional tiene una competencia exclusiva en materia de recursos de amparo, mientras que le corresponde una competencia de revisión de las decisiones en materia de *habeas corpus* y de exhibición personal, emitidas por los Tribunales de segunda instancia sin sede en la capital. Vid.: S. ANAYA BARRAZA, «La jurisdicción constitucional en El Salvador», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., 591 ss.

⁴⁰ Cfr., J. GARCÍA LAGUARDIA, *La Corte de constitucionalidad de Guatemala*, México, 1994; M. PINTO ACEVEDO, *Jurisdicción Constitucional*, Guatemala, 1995.

⁴¹ Ver: F. CUADRA, «Breve análisis de la Justicia Constitucional en Nicaragua en el período histórico comprendido entre 1939 y 1992», en *La Justicia Constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, 177 ss.; S. CUAREZMA TERÁN - M. MORENO CASTILLO, «Nicaragua», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, 255 ss.; P. PÉREZ TREMPES, «La justicia constitucional en Nicaragua», en *Revista de Estudios Políticos*, 1999, 9 ss.

⁴² Vid.: AA.VV., *Derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 2005.

Dicha competencia presenta —junto a los rasgos comunes de fondo y de procedimiento—, algunas características relacionadas con la peculiaridad de cada uno de los sistemas constitucionales. Por ejemplo, en Bolivia y Guatemala se pretendía afirmar la primacía de la Constitución incluso contra la soberanía parlamentaria, para garantizar los derechos constitucionales de la persona, permitiendo al Tribunal Constitucional anular las resoluciones del Congreso nacional o de una de las Cámaras que hubiera lesionado un derecho fundamental.

En Colombia, el Tribunal Constitucional tiene un poder autónomo y eventual de revisión de las sentencias de apelación y de aquéllas emitidas en primera instancia que no hayan sido recurridas: de hecho, todas las decisiones en materia de derechos fundamentales deben hacerse llegar al Tribunal Constitucional, que puede seleccionar de modo discrecional aquéllas que considere más relevantes, y pronunciarse sobre su legitimidad en el plazo de tres meses a partir de la recepción de los actos. Además, las orientaciones del juez constitucional y la interpretación ofrecida en relación a las disposiciones relativas a los derechos fundamentales, vienen a sentar un precedente, orientando la actividad interpretativa de los tribunales ordinarios: la doctrina del Tribunal Constitucional no es vinculante, pero —como ha precisado la Corte Constitucional de Colombia— «si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad»⁴³.

A su vez, el modelo costarricense de justicia constitucional se caracteriza por la amplitud de la legitimación activa y por la informalidad y simplicidad del procedimiento. Por lo que respecta a la legitimación, el recurso puede ser presentado por cualquier persona (incluso extranjeros), y también por aquéllos que no hayan sido directamente lesionados en el ejercicio de un derecho fundamental, ya sea un tercero. También en El Salvador, los recursos para la tutela de la libertad y de la dignidad de la persona pueden ser presentados por cualquier persona que actúe a favor del que está sufriendo una limitación arbitraria de la libertad personal.

Además, el parámetro utilizado por la Sala constitucional no sólo se configura por los derechos constitucionales, sino también por aquéllos reconocidos en los textos internacionales, siempre que éstos sean más favorables.

Asimismo, el recurso puede ser presentado sin formalidad alguna, a fin de favorecer la efectividad de los derechos constitucionales y de acercar, en un clima de confianza, la justicia constitucional a los ciudadanos. No es necesaria la presencia de un abogado, ni la autenticación de la firma;

⁴³ Véase la sentencia C-037/96.

del mismo modo, no se requiere indicar el parámetro constitucional; el único elemento de disuasión previsto por el ordenamiento contra las acciones imprudentes es la posibilidad por la Sala de condenar al recurrente al pago de una multa en caso de decisión desfavorable.

Por último, merece una atención particular el sistema peruano, que ha sido significativamente modificado tras la aprobación de un Código de derecho procesal constitucional. Según el ordenamiento peruano, en el caso de los procedimientos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento, la competencia se reparte entre los jueces (que deciden en primera instancia), y el Tribunal constitucional (que decide en apelación)⁴⁴; sin embargo, el acceso al Tribunal constitucional no es posible en todo caso, sino sólo cuando no existen «vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias»: en este sentido, hablamos de amparo residual.

La *ratio* de la nueva disciplina procesal se halla en la intención de mejorar y hacer más funcional la actividad del Tribunal Constitucional; no obstante, la doctrina ha puesto en evidencia los riesgos de una posible reducción de las garantías sustanciales de la persona, en caso de que no se precise el significado de las vías calificadas como «igualmente satisfactorias», alternativas al amparo constitucional⁴⁵.

A su vez, la institución del amparo interamericano —en un cierto sentido asimilable al sistema europeo de protección de los derechos fundamentales— responde a una exigencia ya generalizada, derivada del hecho de que la tensión universalista que anima al reconocimiento de la persona humana evidencia, en un mundo siempre más integrado, la crisis de autosuficiencia de los diferentes ordenamientos nacionales. En consecuencia, se buscan nuevas oportunidades procesales en el ordenamiento supranacional, al objeto de remediar aquellas violaciones de los derechos humanos que no pueden ser adecuadamente resueltas mediante los instrumentos procesales previstos en el derecho interno: se trata, de un lado, de la posibilidad de recurrir a la jurisdicción internacional de los derechos humanos⁴⁶; y por otra parte, de reconocer a las normas del ordenamiento supranacional con funciones de integración respecto a la comunidad latinoamericana, y a la

⁴⁴ Cfr., E. BLUME, *El control de constitucionalidad*, Lima, 1996; A. BOREA ODRÍA, *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima, 1996; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, cit., 2002; E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional* Lima, 2005.

⁴⁵ Ver: E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal*, Lima, 2005.

⁴⁶ Cfr., sobre la temática general: M. CAPPELETTI, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, 1992, 45 ss.; V. GIMENO SENDRA – L.L. JOSÉ GALENI, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, 237 ss.

misma jurisprudencia de la Corte americana, una posición de supremacía⁴⁷. Al respecto, las primeras son directamente aplicables en el ordenamiento nacional,⁴⁸ mientras la segunda introduce un vínculo interpretativo para los jueces nacionales, en el sentido de que los derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional de cada país deben ser interpretados conforme a la interpretación y a la jurisprudencia de la Corte americana.

4. TIPOS Y CLASIFICACIONES DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Los recursos sectoriales

Desde nuestro punto de vista, la experiencia del neoconstitucionalismo latinoamericano que, en la perspectiva europea, despierta mayor interés viene dada por la evolución y la pluralidad de las instituciones de tutela directa de los derechos fundamentales. El interés deriva de la circunstan-

⁴⁷ En general, vid.: J. DE ARECHAGA, «La convención americana de derechos humanos como derecho interno», en *Boletín de societa de brasileira de direito internacional*, Brasilia, 1987-89, 35 ss.; H. ESPIELL, «El derecho internacional en la jurisdicción constitucional», en (AA.VV.) *La jurisdicción constitucional*, San José, 1993, 61 ss.; H. FIZ ZAMUDIO, «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos», en (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», en (AA.VV.) *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, 1996, 67 ss.

⁴⁸ En algunos casos es la propia Constitución la que ha establecido la necesaria aplicabilidad de la normativa internacional en materia de derechos por parte de los poderes públicos y, en particular, de los jueces. Por ejemplo, en la Constitución de Venezuela el art. 31 reconoce a toda persona el derecho de solicitar «el amparo de sus derechos humanos» en las formas previstas en las Convenciones internacionales ratificadas por el Estado; mientras el art. 18 de la Constitución de Ecuador establece que «los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad».

En otros ordenamientos, sin embargo, el valor normativo de la Carta americana y 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 tal jurisprudencia como una especie de guía para la interpretación de las disposiciones de la Convención; la Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha declarado la inconstitucionalidad de los actos jurídicos confrontados con la jurisprudencia internacional. Mientras, de manera incisiva la Sala Constitucional de Costa Rica señaló que la jurisprudencia de los órganos de justicia interamericana poseen «el mismo valor de la norma interpretada». Para un estudio general, ver: R. HERNÁNDEZ VALLE, «L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei supremi tribunali e dei tribunali costituzionali dell'America latina», en (G. ROLLA (coord.), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milán, 2010.

cia de que el sistema europeo de justicia constitucional, basado sobre todo en formas de control abstracto de constitucionalidad, evidencia un límite —la doctrina ha aludido, en tal sentido, a las «debilidades inherentes» al modelo Kelseniano⁴⁹, detectable en la carencia «en el ámbito de la jurisdicción constitucional de un tipo particular de jurisdicción constitucional de la libertad», con el resultado de que dicha carencia genera «la insuficiencia de la tutela y de la ineficacia, en consecuencia, del derecho». Se vuelven, por ello mismo, de extraordinaria actualidad las relevantes palabras de Cappelletti quien, en su importante contribución al conocimiento comparado de los sistemas de justicia constitucional, mencionó entre las razones justificativas de su trabajo la exigencia de prever en el ordenamiento italiano instituciones o procedimientos capaces de «hacer valer de modo efectivo los derechos fundamentales»⁵⁰.

De aquí el interés objetivo por la experiencia del juicio de amparo, por la influencia que tal institución procesal ha ejercido en algunas Constituciones —ante todo la Constitución Española de 1978⁵¹ y por su contribución a la circulación jurídica de las formas de recurso directo de constitucionalidad para la tutela de los derechos⁵².

Los sistemas de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales vigentes en el continente latinoamericano —que han encontrado su prototipo en el amparo mexicano⁵³, se caracterizan por la variedad y la originalidad de su regulación. En tal sentido, puede hacerse referencia a algunas clasificaciones.

⁴⁹ Así: F. RUBIO LLORENTE, «¿Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos», en *Revista española de derecho constitucional*, 2003, 53.

⁵⁰ Ver: M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955, 6.

⁵¹ Cfr., F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003.

⁵² Sobre esta cuestión nos remitimos a: J. BRAGE CAMAZANO, «Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en los países de la Europa del Este», en *Revista de estudios políticos*, 2005, 193 ss.; M. OLIVETTI, T. GROPPI (coord.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, 2003; L. MEZZETTI (coord.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padua, 2009.

⁵³ Este amparo encuentra su referencia histórica en el art.25 del Acta de Reformas Constitucionales de 18 de mayo de 1847, que atribuía a los tribunales de la Federación la competencia para ejercer el control sobre el ejercicio y la conservación de los derechos de rango constitucional respecto a las lesiones provenientes del poder legislativo y ejecutivo; mientras los arts. 101 y siguientes de la Constitución federal de 5 de febrero de 1857, aludía a leyes o actos de «cualquier autoridad», y ampliaba el ámbito de tutela, incluyendo también las decisiones de los tribunales.

En esta materia, véase: E. PALOMINO MANCHEGO, «La primera sentencia de Amparo en México», en *Revista peruana de derecho público*, 2003, 6, 135 ss.; J. SOBERANES FERNÁNDEZ, «Notas sobre el origen del amparo-casación en México», en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1992, 530 ss.

En primer lugar, si se considera el órgano competente decisor del recurso, se puede distinguir entre recursos ordinarios y constitucionales. Mientras estos últimos —como se ha visto con anterioridad— se incluyen entre las competencias propias de los Tribunales Constitucionales, los primeros se refieren a procedimientos jurisdiccionales resueltos por el poder judicial ordinario.

Los recursos ordinarios se establecen, por ejemplo, en Chile, cuya Constitución regula el recurso de protección, que permite recurrir ante las Cortes de Apelaciones contra actos u omisiones ilegales que inciden sobre el legítimo ejercicio de los derechos y de las garantías constitucionales⁵⁴; o en Argentina, donde la reforma constitucional de 1994 ha introducido varios recursos para la tutela de los derechos fundamentales (*habeas corpus*, *habeas data*, amparo) contra todos los comportamientos susceptibles de restringir de manera arbitraria o manifiestamente ilegal el ejercicio de un derecho fundamental⁵⁵.

Igualmente, los recursos ordinarios de amparo, de *habeas corpus* o de *habeas data* están previstos en los ordenamientos constitucionales de México⁵⁶, Panamá⁵⁷, Colombia⁵⁸, Ecuador⁵⁹ y Brasil⁶⁰.

En segundo lugar, los recursos para la tutela directa de los derechos fundamentales pueden ser clasificados en relación a las personas contra las que puede ser presentado el recurso.

En este caso, se distingue entre ordenamientos que admiten el recurso contra todos los poderes públicos (Chile, México, Panamá, Ecuador, Bolivia, El Salvador); entre ordenamientos que excluyen de los recursos contra los poderes públicos las sentencias de los jueces —es el caso, por

⁵⁴ Cfr., H. NOGUEIRA ALCALÁ, «La jurisdicción constitucional en Chile», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Lima, 1996, 562 ss.

⁵⁵ Ver: G. BIDART CAMPOS, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1965; N. SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, 1992; M. A. GELLI, «El amparo argentino en tiempos de crisis», en *Revista argentina de derecho constitucional*, 2001, 11 ss.; R. VANOSI, «Evaluación del amparo argentino hasta la reforma constitucional del 1994», en *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 2002, 61 ss.

⁵⁶ Cfr., E. FERRER y MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, 2002; H. FIZ ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2003.

⁵⁷ Cfr., F. RODRÍGUEZ ROBLES, «La jurisdicción constitucional en Panamá», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., 819 ss.

⁵⁸ Cfr., E. CIFUENTES MUÑOZ, «La jurisdicción constitucional colombiana», en *Una mirada a los Tribunales constitucionales*, Lima, 1995, 157 ss.; L. TOCORA, *Control constitucional y derechos humanos*, Santafé de Bogotá, 1992; E. REY, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Cali, 1994.

⁵⁹ Cfr., H. SALGADO PESANTES, «El control de constitucionalidad en la carta política del Ecuador», en *Una mirada a los Tribunales constitucionales*, cit., 1995, 182.

⁶⁰ Ver: L. PINTO FERREIRA, «Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil», en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., 413 ss.

ejemplo, de Colombia, donde la Corte Constitucional (sentencia C-543 de 1992) ha declarado inconstitucional la norma del Decreto 2591 de 1991 que preveía la acción de tutela también contra las decisiones judiciales⁶¹ o que también permiten recurrir contra los actos u omisiones de particulares (Argentina, Brasil, Costa Rica, Guatemala, Colombia)⁶².

Sin embargo, la distinción principal es la que permite subdividir los recursos según se hayan previsto instituciones de garantía general o sectorial.

El principal instrumento sectorial de tutela directa de los derechos está constituido por el *habeas corpus* —acompañado del *habeas data* que constituye una evolución natural, desde el momento en que la tutela de la privacidad y la protección de los datos personales son elementos necesarios para el libre desarrollo de la personalidad—: esta institución permite, en general, impugnar cualquier decisión arbitraria de los poderes públicos susceptible de incidir en la libertad personal, entendida ésta en un sentido amplio.

El recurso de *habeas corpus* —reconducible al homónimo instituto inglés, introducido para tutelar la libertad personal respecto a las limitaciones arbitrarias—, representa un instrumento procesal que se remonta muy atrás en el tiempo: baste considerar en tal sentido que ya un concreto proyecto de ley fue elaborado por las Cortes de Cádiz en 1810, mientras que la primera regulación positiva la encontramos en el Código Penal del Imperio de Brasil de 1830.

En su amplia difusión en los países de América latina ha recibido diferentes regulaciones, tanto desde el punto de vista de la denominación como desde la concreción de las posiciones subjetivas tuteladas. Respecto al primer elemento, puede señalarse cómo en algunos ordenamientos se habla de recurso de exhibición personal (Honduras, El Salvador, Guatemala), de *mandato de segurança* (Brasil), de amparo a la libertad (Venezuela), de recurso de amparo (Chile) o de amparo libertad (México).

Por lo que atañe, sin embargo, al objeto de la garantía, la regulación oscila entre aquellas más restrictivas —que tutelan los derechos «históricos» de libertad contra las detenciones y la libertad de circulación—, y las más avanzadas, que incluyen en la tutela la mayoría de las posiciones subjetivas reconducibles al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de

⁶¹ Cfr., E. CIFUENTES MUÑOZ, *La jurisdicción constitucional colombiana*, cit., 157 ss.

⁶² Los recursos contra los entes privados, en general, están sometidos a algunas limitaciones específicas. Por ejemplo, la Ley de Amparo de Costa Rica admite el recurso contra los entes privados en tres hipótesis: si el ente privado desarrolla funciones públicas; si se encuentra en una posición de preeminencia respecto de los recurrentes; cuando los recursos procesales ordinarios sean insuficientes o tardíos y no permitan, en consecuencia, una tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Igualmente, en Brasil el *mandado de segurança* puede ser instado sólo contra los entes privados que ejercitan funciones públicas; mientras, en Colombia, la ley define de manera exhaustiva los casos en que un recurso puede ser presentado contra estos entes privados.

conciencia y de opinión y a las garantías procesales (desde el derecho a la defensa, hasta el principio de presunción de inocencia).

Sin embargo, a pesar de la variedad de opciones, creo que no es arbitrario reconducir estas diferentes instituciones procesales hacia una figura unitaria: ya sea por sus funciones institucionales, dirigidas a garantizar la legalidad constitucional de cada medida preventiva restrictiva de la libertad individual; ya sea porque su objetivo específico puede concretarse en la defensa de una visión siempre más avanzada de la persona, pasando de la garantía de la libertad personal a la salvaguarda de la libertad de la persona.

A la luz de tal desarrollo, puede decirse desde nuestro punto de vista que los diferentes instrumentos procesales reconducibles a la figura del *habeas corpus* forman parte del cuerpo instrumental que el constitucionalismo ha creado en el ámbito de los derechos fundamentales y representan, como tales, una de las primeras manifestaciones de la justicia constitucional.

Entre los rasgos de interés derivados de la evolución del *habeas corpus* en América latina, merece ser especialmente subrayada la extensión de este instrumento procesal también a los estados de excepción.

La historia constitucional de América latina —aunque con algunas diferencias— ha estado marcada por la sucesión de golpes de Estado, de levantamientos y de revoluciones, que determinaron —como acertadamente se ha destacado— «la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional»⁶³. Dicho resultado ha sido posible, en general, a través del recurso a la regulación de los estados de emergencia, que permitían derogar (a menudo de forma indefinida) las normas constitucionales, sin que, por otro lado, tuviera lugar su derogación expresa.

Por esta razón, los textos constitucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano se han apresurado a regular las condiciones, modalidades y límites de los poderes atribuidos tras la declaración de una situación de emergencia, con especial referencia a los procedimientos a seguir para dar legitimación a los estados de excepción. Del mismo modo que se han precisado las garantías y los derechos individuales que deben, en cualquier caso, ser reconocidos⁶⁴.

⁶³ Así: H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, cit., 155.

⁶⁴ Por ejemplo, la Constitución de Colombia dispone que las libertades fundamentales reconocidas en los tratados internacionales no pueden ser lesionadas durante el estado de insurrección (art. 212); la Constitución de Nicaragua salvaguarda, durante los estados de emergencia, el derecho a la vida y los derechos relacionados con la dignidad y con la integridad de la persona (art. 185); la Constitución de Perú dispone que durante el estado de asedio y de emergencia se conservan las garantías procesales propias del juicio de amparo y *habeas corpus* (art. 200); a su vez, la Constitución de Venezuela garantiza durante los estados de emergencia, además del derecho a la vida, el derecho a un juicio justo, mientras prohíbe la tortura y la discriminación (art. 337). Además, disposiciones constitucionales similares están presentes en las Constituciones de Paraguay, Guatemala, Chile y Argentina.

Una peculiaridad del sistema latinoamericano de tutela de los derechos fundamentales se encuentra en la institución de los Tribunales electorales, es decir, órganos autónomos, especializados y permanentes —normalmente, dentro del Poder Judicial— con competencia en materia electoral, tanto por lo que atañe a la organización de las elecciones, como en lo referido a la resolución de los conflictos electorales⁶⁵.

Dichos órganos han desarrollado un papel institucional de gran relevancia: por un lado, velando por la regularidad de los procedimientos electorales y por la legitimidad de la representación política, han favorecido la transición y la consolidación democrática en el continente americano. Por otra parte, han transferido los contenciosos en materia electoral, desde el ámbito político al ámbito judicial, ampliando el espectro de las formas de justicia constitucional, entendida ésta última como tutela jurisdiccional de la primacía de la Constitución⁶⁶.

De este modo la justiciabilidad de los derechos constitucionales se ha extendido también al ámbito de los derechos políticos —en algunos ordenamientos excluidos de los recursos de amparo—. Por ejemplo, según una jurisprudencia de principios del siglo pasado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la violación de los derechos políticos no autorizaba a la presentación de un recurso de amparo «porque no se trata de garantías individuales»⁶⁷.

Así, se puede citar la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual durante la vigencia de los estados de emergencia debe garantizarse, de cualquier modo, 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 seguridad, recurso de protección, acción de tutela).

En esta materia: AA.VV., *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 1997; G. DE VERGOTTINI (coord.), *Costituzione ed Emergenza in America Latina*, Turín, 1997; L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, 1999; AA.VV., *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 1997.

⁶⁵ Los Tribunales electorales están previstos, por ejemplo, en México, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay o Costa Rica.

⁶⁶ En este contexto, se pueden ver las disposiciones mexicanas que algunos autores han calificado como un «sistema integral de justicia constitucional». Estas, de hecho, se articulan en tres niveles: uno administrativo, que permite presentar un recurso de revisión ante el Instituto federal electoral; uno propiamente constitucional, que autoriza a los partidos políticos y a las minorías parlamentarias a elevar una acción de inconstitucionalidad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra leyes consideradas lesivas de disposiciones constitucionales en materia electoral. Y finalmente, una forma de recurso directo para la tutela de los derechos electorales ante el Tribunal electoral del Poder Judicial contra actos o resoluciones en materia electoral.

⁶⁷ Véase: J. OROZCO ENRÍQUEZ, *Los procesos electorales y el Tribunal electoral*, en *Derecho procesal constitucional*, México, 1998, 1164 ss. Sobre esta cuestión, ver también: G. ORTIZ MAYAGOITIA, «El control constitucional de las leyes electorales», en *Derecho procesal constitucional*, cit., 1182 ss.

B) Los recursos generales

A su vez, los recursos generales de tutela de los derechos pueden ser activados para proteger cualquier derecho reconocido y protegido por el texto constitucional, por las leyes o por los tratados internacionales ratificados por el Estado.

En general, la legitimación activa corresponde a cualquier persona —física o jurídica (también los extranjeros)— que se considere perjudicada o amenazada en el ejercicio de un derecho fundamental. Con este recurso se solicita al juez competente que sea restaurado el disfrute del derecho lesionado ilegítimamente; las decisiones son vinculantes para la autoridad pública y en caso de incumplimiento de la decisión el juez puede solicitar la destitución del funcionario infractor, y la aplicación de sanciones e indemnizaciones.

Entre las acciones de carácter general para la protección de los derechos garantizados por la Constitución, suscita un interés particular para los estudiosos del derecho público comparado —junto al instrumento procesal del amparo— la experiencia de las acciones populares y de grupo, previstas como garantía de los derechos e intereses colectivos, con particular atención respecto a algunos bienes como seguridad y la salud pública, la ética administrativa, el medio ambiente, el mercado y la libre competencia económica.

La acción popular de inconstitucionalidad —prevista en la Constitución de Colombia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela y Panamá, Guatemala y Ecuador— puede instarse tanto por un ente privado, como por órganos específicos (como —por ejemplo— el Defensor del pueblo o el Ministerio Fiscal). Los principios procesales aplicables son similares a los de la acción de amparo: prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, sumariedad y eficacia. Asimismo, el juez debe asegurar el respeto de las garantías procesales y de equilibrio entre las partes.

Dentro de los rasgos procesales comunes se encuentran especificidades en cada uno de los ordenamientos. Por ejemplo, la legitimación activa en Colombia, El Salvador y Nicaragua se permite a todos los ciudadanos; sin embargo, en Venezuela y Panamá se extiende a cualquier persona, incluso aunque no goce del requisito de la ciudadanía. En Guatemala se concede a cualquier individuo, que debe ser asistido por tres abogados; mientras en Ecuador está sujeta a previa dictamen favorable del Defensor del Pueblo.

Además, por lo que atañe al objeto del recurso, la Constitución de Panamá prevé que puedan ser objeto de impugnación no sólo las leyes y los actos con fuerza de ley (al igual que en otros ordenamientos), sino

todos los actos estatales; por el contrario en Nicaragua, la acción popular puede ser ejercitada incluso contra reglamentos⁶⁸.

Otra institución procesal de particular interés —y que, desde nuestro punto de vista, merecería una mayor atención en Europa, donde, con la sola excepción de Portugal⁶⁹, no se prevén instrumentos procesales adecuados— son los recursos contra las omisiones del legislador y de los poderes públicos susceptibles de lesionar derechos constitucionales.

En este sentido, conviene tener en cuenta dos tendencias respecto a la regulación constitucional de los derechos fundamentales: por un lado, la creciente importancia que en los textos constitucionales tienen los derechos prestacionales, y por otro lado, la idea de que la misma distinción histórica entre derechos entendidos como libertad negativa (que se realizan a través de la protección y la defensa del individuo contra el poder legislativo y los entes privados), y los derechos de prestación (que requieren una intervención regular de la ley) ya no parece ser una alternativa radical respecto a la concepción de los derechos fundamentales. De hecho, el componente prestacional es importante en ambas tipologías, ya que incluso en el caso de los derechos de libertad, su goce y disfrute está necesariamente condicionado por la interposición organizativa de la Administración pública o del legislador⁷⁰.

Tales elementos plantean nuevos y específicos problemas respecto a la garantía de los derechos fundamentales, que se pueden resumir en el hecho de que la vulneración de un derecho no está únicamente determinado una actitud activa de los poderes públicos o por la conducta de un ente privado, sino también por la falta de normas, herramientas y recursos necesarios para garantizar su disfrute efectivo.

El recurso de amparo contra omisiones de los poderes públicos, influido por el *writ of mandamus* norteamericano, reconoce a la persona que cree que se ha vulnerado uno de sus derechos constitucionales a causa de la inercia de los poderes públicos, la posibilidad de recurrir ante un juez —incluida la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional— con la finalidad de ordenar a la administración que actúe y al legislador que legisle⁷¹. En particular, la ac-

⁶⁸ Cfr., A. R. BREWER CARÍAS, «La jurisdicción constitucional en América Latina», en *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*, cit., 21; J. BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalidad*, México, 2000, 106.

⁶⁹ Véase, por todos.: L. NUNES DE ALMEIDA, «Le Tribunal constitutionnel portugues», en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, 197 ss.

⁷⁰ Cfr., J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, pp. 473 ss.; L. MARTÍN REORTILLO, «El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994, 4, 11 ss.

⁷¹ Ver: M. VILLAYERDE, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; V. BAZÁN (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, 1997; P. DEMIRZARY PEREDO, «La inconstitucionalidad por omisión», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 63 ss.

ción de inconstitucionalidad por omisión de la ley puede ser activada 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 explícita estaba obligado constitucionalmente»⁷².

En general, el juez puede subsanar la omisión de forma unilateral, mediante una decisión interpretativa o ejecutando directamente las disposiciones constitucionales; y también puede hacerlo de forma bilateral, buscando la colaboración con la autoridad que ha provocado la conducta omisiva —fijando un plazo límite dentro del cual actuar o bien recomendando obligaciones de hacer al legislador—⁷³.

Traducción del italiano de
Cecilia ROSADO VILLAVARDE
Profesora de Derecho Constitucional.
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

⁷² Cfr., J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, cit., 77.

⁷³ Por ejemplo, en Costa Rica, en virtud del art. 73.f) de la ley sobre la jurisdicción constitucional de 18 de octubre de 1989, dicho control puede ser requerido también de oficio por parte del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República o del Defensor de los Habitantes. Se puede recurrir ante la Sala Constitucional pero debe existir preventivamente un contencioso jurisdiccional, a menos que la naturaleza de la omisión produzca efectos directos o se trate de intereses difusos que resulten relevantes para la comunidad en su conjunto.

En Argentina son las Constituciones provinciales las que regulan estas instituciones: por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Río Negro (art. 207.2 d) atribuye al Tribunal Superior de Justicia la competencia para intervenir en caso de no aplicación de una norma de la que deriven obligaciones específicas para los poderes públicos. El ordenamiento de esta Provincia prevé que la Corte declare la omisión y restablezca el orden jurídico lesionado; asimismo, dispone que en caso de ulteriores reincidencias por parte de los poderes públicos se prevea una indemnización.

Igualmente, el art. 295 de la Constitución de Perú prevé acciones cada vez que los derechos constitucionales sean vulnerados a causa de una omisión de «actos de cumplimiento obligatorio». Mientras, el art. 87 de la Constitución de Colombia permite que toda persona pueda recurrir ante las autoridades judiciales para hacer efectiva la aplicación de una norma o de un acto administrativo, a través de una orden de cumplimiento emitida por la autoridad jurisdiccional.

No obstante, la experiencia más significativa en el panorama comparado es la de Brasil, cuya Constitución establece en el art. 103.2 que el Tribunal Supremo federal, en caso de verificar la existencia de una omisión que llegue a producir la ineficacia de un precepto constitucional, imponga al poder que realice el acto debido. En el caso de que la omisión afecte al disfrute de un derecho fundamental, el art. 5. 71 de la Constitución regula el *mandado de injunção*: un control de constitucionalidad por omisión de tipo concreto, que puede ser ejercido tanto por el Tribunal Supremo federal, como por el Tribunal Superior de Justicia, o por otros órganos judiciales. La Constitución brasileña también ha previsto el mandato de garantía colectiva, que puede ser ejercido por los partidos políticos con representación en el Congreso nacional, por las organizaciones sindicales y por los entes y asociaciones legalmente reconocidas, con no menos de un año de funcionamiento, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

