

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMÉRICA

Felipe GONZÁLEZ ¹

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Argumentos en favor de los tribunales constitucionales*; III. *Argumentos en contra de la creación de tribunales constitucionales*; IV. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En esta presentación analizaré los principales aportes y desventajas de los tribunales constitucionales para la protección de los derechos humanos en América Latina. De este modo pretendo ofrecer algunos criterios para el análisis de la justicia constitucional país por país, que se desarrollará en otras ponencias en este seminario.

En su obra *Economía y sociedad*, Max Weber plantea como una de las cuestiones claves a resolver en los estados modernos la regulación de la actividad judicial. La creciente burocratización y racionalización del aparato estatal se hace especialmente crítica, anota Weber, en el caso de la labor judicial. Encargada de dar la última palabra en los más graves conflictos y casi invariablemente carente de una generación popular directa, la legitimación social de la actividad judicial no es sencilla de alcanzar.

El caso de los poderes judiciales en Latinoamérica parece la confirmación por excelencia de las preocupaciones de Weber. Ya constituye un lugar común señalar que los poderes judiciales de los Estados de la región se encuentran en una crisis. Ni siquiera se puede decir que ellos “atravesan por una crisis”, sino que la crisis es endémica, ya que posee rasgos permanentes. Siguiendo cursos más o menos definidos y consolidados, algunas de nuestras sociedades han logrado estructurar instituciones democráticas propias de un Estado de derecho; sin embargo, el

¹ Abogado para proyectos en Latinoamérica, International Human Rights Law Group, Washington, D. C.; profesor de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

poder judicial aparece casi sin excepción en una situación muy desmejorada en comparación con otras instituciones, y su falta de efectividad acarrea un lastre difícil de sobrellevar para nuestras débiles democracias.

Se ha sugerido que los tribunales constitucionales podrían ser una fórmula adecuada para contribuir a remediar esta crisis. En alrededor de media docena de países latinoamericanos se han echado a andar tribunales constitucionales en años recientes. Sin embargo, subsiste aún una fuerte polémica en torno a su conveniencia, así como respecto de las funciones que debieran desempeñar.

La protección de los derechos humanos constituye un criterio clave para definir la conveniencia o no de un tribunal constitucional. De hecho, de manera directa e indirecta, las funciones de un tribunal constitucional se dirigen hacia la protección de los derechos humanos. Así, con frecuencia se resumen las funciones típicas de un tribunal constitucional del siguiente modo: 1) proteger los derechos fundamentales a través de medios eficaces, tales como amparos, *habeas corpus* y otros; 2) decidir cuestiones de competencia entre poderes del estado; 3) resolver disputas basadas en la aplicación del derecho internacional al sistema interno, cuando la legislación interna parece contraria al derecho internacional. Dependerá de la legislación de cada país determinar cuáles son las funciones y el tribunal que efectivamente posee.

A continuación revisaré los principales argumentos presentados en favor del establecimiento de cortes constitucionales, para luego entrar a analizar las críticas más frecuentemente levantadas a su respecto. En el caso de aquellos países donde ya existen tribunales constitucionales, la revisión de estos argumentos puede ser útil para la delimitación de su competencia.

II. ARGUMENTOS EN FAVOR DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. Un argumento muy corriente es que la existencia de estos tribunales hace más efectiva la separación de los poderes del Estado —o funciones del poder del Estado— y, por consiguiente, la protección del Estado de derecho. Se señala que, bajo el pretexto de proteger el principio de separación de los poderes, lo que el poder judicial en muchas naciones latinoamericanas en realidad ha hecho es autolimitarse en sus deberes, dejando sin el adecuado control al legislativo y en especial al ejecutivo. A tanto ha llegado la “tolerancia” del judicial respecto de los poderes que, en ocasiones, ha contribuido a legitimar golpes de estado y gobiernos de facto. Así ocurrió, por ejemplo, en Chile a raíz del golpe

militar de 1973, cuando la Corte Suprema apoyó fervientemente el golpe, sin poner el más mínimo reparo al anuncio hecho por el gobierno de facto de que respetaría la Constitución sólo en la medida en que ello fuera compatible con sus objetivos (y la realidad se encargó de demostrar que una y otros eran escasamente compatibles).

2. Los tribunales constitucionales poseen funciones más específicas que una corte suprema en los sistemas de la tradición continental europea. El mandato de una corte de constitucionalidad está generalmente más concentrado en la protección de los derechos fundamentales. Una corte suprema, en cambio, tiene que lidiar con muy distintas clases de materias. Los deberes típicos de una corte suprema incluyen la administración del poder judicial como conjunto. El hecho de que en algunos países, como Guatemala, se haya recogido en la Constitución el concepto de organismo judicial no es óbice para lo anterior, puesto que de todas formas la corte suprema debe abocarse a muy distintos tipos de asuntos.

3. Un mecanismo clave para la protección de los derechos humanos son las acciones de amparo y *habeas corpus*, como que la Corte Interamericana de Derechos Humanos las declaró no susceptibles de suspensión ni aún bajo regímenes de excepción. La Corte estableció que, de acuerdo a la Convención americana sobre derechos humanos, la suspensión de un derecho sólo se justifica en situaciones excepcionales para preservar los valores superiores de la sociedad democrática y que aun en tales situaciones únicamente algunos derechos pueden ser suspendidos. Asimismo, conforme a la Convención americana, deben subsistir las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos.

La Corte agrega que el *habeas corpus*, en cuanto medio de protección de la vida e integridad física de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención y para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cumple una función esencial y no puede ser suspendido.

Tampoco puede ser el *habeas corpus* suspendido en cuanto medio de asegurar al libertad individual. El *habeas corpus* es, en este sentido, un mecanismo indispensable de control de la legalidad de las medidas restrictivas de la libertad individual adoptadas en virtud de una situación de excepción.

El pronunciamiento de la Corte Interamericana sobre el *habeas corpus* y otras acciones judiciales, a través de dos opiniones consultivas, es relevante, puesto que en muchos Estados de la región los tribunales han

mantenido una actitud irresoluta respecto de la vigencia de tales acciones durante estados de excepción. En el caso de la dictadura chilena, de miles de *habeas corpus* presentados durante esos años en casos de violación de los derechos humanos, menos de una decena fueron acogidos. No sólo no se apersonaban los jueces en los lugares de detención, donde a menudo se torturaba y se hacían desaparecer personas, sino que para la calificación de las medidas adoptadas se consideraba como última palabra lo que decía el Ministerio del Interior. Y éstas no son sólo características del caso chileno: han sido prácticas extendidas en América Latina. De allí la importancia del fallo de la Corte.

La cuestión, entonces, es acaso podría mejorarse la situación en esta materia de entregarse facultades a los tribunales constitucionales. Esto es precisamente lo que sostienen sus propugnadores, indicando que en aquellos países de la región en los que se han conferido facultades a las cortes constitucionales para resolver sobre esta clase de acciones, ha existido una mayor eficacia y una tendencia más protectora a los derechos humanos.

4. Las materias de orden constitucional son a la vez jurídicas y políticas. Políticas, claro, en el sentido lato de la palabra, en cuanto las normas constitucionales estructuran las instituciones básicas del Estado. Pues bien, dado este carácter dual de las materias constitucionales, resulta altamente conveniente la existencia de una institución como un tribunal constitucional. En él suelen combinarse juristas y políticos, de suerte que la resolución de los casos es enfrentada con una óptica amplia. Ello redundaba también en una actitud más crítica y controladora del rol de los otros poderes públicos, ya que los miembros de los tribunales constitucionales suelen ser personas de experiencia en esas lides y no se sienten extraños en el terreno del conflicto y la discusión. Por otra parte, la presencia de juristas en la corte de constitucionalidad contribuye a que las decisiones no estén basadas en criterios puramente contingentes, favoreciendo la consolidación de una jurisprudencia constitucional.

5. La típica corte suprema latinoamericana es burocrática —en el sentido negativo de la acepción— y rara vez es creativa. Este ha sido un factor relevante para el establecimiento de tribunales constitucionales en muchos países de la tradición continental europea. La situación es en este respecto diferente en los sistemas del *common law*, en los que la corte suprema y los tribunales ordinarios en general suelen asumir un papel más activo y que sirve de efectivo contrapeso a la actividad del ejecutivo y el legislativo.

Quisiera detenerme en este punto, ya que probablemente constituye el núcleo de los argumentos en favor de los tribunales constitucionales. La tesis de que al juez únicamente le corresponde “aplicar” el derecho se encuentra totalmente superada en la doctrina. Numerosos autores, como Kelsen, Hart, Engisch, Ross y Rawls —por mencionar sólo a algunos de ellos— han demostrado la imposibilidad de deducir de normas generales soluciones únicas e inequívocas para casos concretos. En Latinoamérica, sin embargo, uno continúa escuchando jueces y leyendo sentencias donde bajo la invocación de esta supuesta limitación a aplicar el derecho, el judicial se autoinhibe de pronunciarse sobre cuestiones de la mayor importancia para la protección de los derechos humanos.

La fuente de este malentendido proviene de una deformación de la teoría de la separación de los poderes y, en último término, de una mala comprensión del sentido de un Estado de derecho. La circunstancia de que por la época de la Revolución francesa, cuando el principio de la separación de los poderes fue estructurado, existiera una desconfianza hacia los jueces del Antiguo Régimen, contribuyó decisivamente para que se tratara de restringir las facultades de éstos. Así, se señaló que si los jueces intentasen ir más allá de la aplicación de la ley estarían yendo más allá de la esfera de sus atribuciones e invadiendo las de otro poder público.

En el caso de Estados Unidos, donde existía otra tradición judicial, la situación fue completamente diferente. Allí, a los pocos años de la dicitación de la Constitución, se resolvió por la Corte Suprema en el famoso caso *Marbury vs Madison* que los jueces tenían el derecho a revisar la constitucionalidad de las leyes. Esta facultad no aparecía expresamente consagrada en la Constitución. Es cierto que existió alguna controversia previa al respecto. Jefferson consideraba inconstitucional una intervención judicial de esta naturaleza. Hamilton y Madison la consideraban de la esencia del constitucionalismo. Pero pronto quedó consolidada la facultad del judicial de calificar las actuaciones del legislativo, sin que ello importase excederse en sus atribuciones. Como argumentó el juez Marshall en dicha ocasión: “¿Con qué razón tales poderes (los del legislativo) habían de quedar limitados y tal limitación consignada en el texto escrito, si las aludidas fronteras pudieran cruzarse en cualquier tiempo por aquellos a quienes intentan contener?”.

En los países latinoamericanos la influencia decisiva en materia de poder judicial ha estado históricamente dada por la tradición continental europea. Como en tantas otras materias, jurídicas o no, hemos acabado por deformar tales tradiciones. Así, en muchas naciones de esta

región se ha petrificado el sentido de la función judicial, adquiriendo un notorio tinte formalista, que en definitiva significa falta de independencia judicial y desprotección para los derechos humanos. Siempre con el ejemplo de la revisión judicial, uno se encuentra con que en muchos Estados latinoamericanos esta facultad hubo de ser introducida por la vía de una reforma constitucional y que luego los tribunales han hecho un uso muy escaso y poco significativo de esta atribución tan importante.

6. Cuando una corte suprema en Latinoamérica emite una decisión en una materia que envuelve asuntos de orden constitucional, lo hace generalmente como un aspecto incidental al caso. El asunto principal continúa siendo, casi invariablemente, la decisión del caso particular.

Además, las cortes supremas por regla general no están facultadas para atraer para sí la decisión de un asunto de carácter constitucional: son las partes las que deben traer el asunto para el pronunciamiento de la corte. De allí que se haya señalado que, bajo tales circunstancias, el interés de las partes es el que prevalece, postergando el interés público.

Por el contrario, para las cortes de constitucionalidad la decisión de materias de orden constitucional constituye su propia razón de existir. El interés público estaría más claramente resguardado aquí. Por cierto, no se trata de resguardar el interés público a costa de los derechos de las personas, sino que los tribunales constitucionales usualmente tienen mayor conciencia acerca del tipo de jurisprudencia que están construyendo y, por lo tanto, su acción suele tener un efecto que tiene alcances mucho mayores que los de un solo caso en particular.

7. Otro argumento se basa en las características de la enseñanza y práctica del derecho en las sociedades latinoamericanas. En nuestra región, tanto la enseñanza como la práctica jurídicas están orientadas de manera muy predominante hacia el derecho privado. El derecho civil y el derecho procesal civil ocupan un lugar preponderante. En cambio, el curso de derecho constitucional suele aparecer como una disciplina de carácter académico y formativo, más que como una herramienta de la cual se puede hacer un uso práctico.

Estas características inciden de forma importante en la mentalidad de los jueces. Sea que éstos hayan ejercido o no liberalmente la profesión de abogado, su experiencia y mentalidad está casi invariablemente conformada por el derecho privado. En ocasiones, puede existir también una especialización en materias penales, pero la dedicación a los aspectos constitucionales es poco frecuente.

La ventaja de las cortes de constitucionalidad radica en que sus integrantes son expertos en derecho público y asumen los problemas y casos

con la mentalidad que el tipo de asuntos exige. Por añadidura, se trata de personas que a menudo poseen un conocimiento de derecho constitucional comparado, y que, por lo mismo, están en condiciones de realizar aportes de relevancia a la jurisprudencia constitucional. Esta última no es una característica corriente en los jueces de la magistratura ordinaria.

Los anteriores son sólo algunos de los argumentos que pueden esgrimirse en favor de la creación de tribunales constitucionales desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, en ellos parecen estar sintetizados los elementos principales en discusión. Volveremos sobre algunos de los puntos señalados en la parte final de esta presentación, una vez que hayamos pasado revista a las críticas levantadas contra la creación de cortes constitucionales en nuestra región.

III. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA CREACIÓN DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Podemos sintetizar los argumentos más frecuentes en oposición a los tribunales constitucionales en América Latina de la siguiente manera:

1. Debido a su composición, los tribunales constitucionales corren un alto riesgo de politizarse. La típica composición que ellos poseen —una mezcla de juristas y políticos— puede resultar explosiva y es probable que ocasione serios problemas en sistemas democráticos inestables como son la mayoría de los de la región.

Esa misma combinación no permite augurar que la existencia de una corte constitucional vaya a arrojar como resultado una jurisprudencia sólida y consistente. Por el contrario, lo más probable es que la jurisprudencia sea vacilante y sujeta a las contingencias de la política nacional.

Algunos críticos de los tribunales constitucionales reconocen que las cortes supremas poseen ciertas funciones de carácter político, pero político en el sentido de que la corte suprema está a la cabeza de una de las funciones del poder estatal. Como tal, en consecuencia, no puede sustraerse a la decisión de asuntos públicos de gran trascendencia. Estos autores agregan que ello no significa que los políticos lleguen a ser magistrados de la corte suprema y a resolver tales asuntos, como sucede en los tribunales constitucionales.

2. El problema de la legitimación de la función judicial al que aludía Max Weber no se soluciona mediante la creación de tribunales constitucionales. Al contrario, la crisis de legitimidad se acentúa. Porque

acontece que en tanto políticos, parte de los integrantes de los tribunales constitucionales estarían desprovistos de legitimidad para ejercer la función judicial que requiere de independencia como elemento consustancial. El tribunal constitucional mismo acabaría por perder legitimidad. Además, debido a la importancia de las materias sujetas a su competencia, la legitimidad del poder judicial como conjunto podría perder vigor.

3. Las cortes de constitucionalidad no tendrían por qué ser más eficaces en la protección y aseguramiento de un Estado de derecho. Por el contrario, en razón del énfasis que se coloca en la labor creativa de los jueces en los tribunales constitucionales, éstos pueden conducir a un sistema en el que no sea la ley la que fije los límites, sino los jueces.

Por su naturaleza, sería más probable que los tribunales constitucionales “creen” derecho más allá de toda frontera previsible a que las cortes supremas lo hagan. Esto acarrearía una falta de seguridad jurídica, al volverse confusas pautas legales hasta ahora relativamente bien definidas y consolidadas.

4. Las cortes constitucionales pueden dar origen a conflictos adicionales a los ya existentes entre los poderes del Estado. De partida, es muy probable que surjan conflictos con la corte suprema y el resto del poder judicial, debido a la posible superposición de funciones y al diferente enfoque al respecto. En seguida, dado que se trata de un órgano de carácter jurídico-político, no es desdeñable la posibilidad de que se produzcan graves enfrentamientos con el legislativo y el ejecutivo.

De allí que se señale que el manejo de las materias de orden constitucional por parte de la corte suprema asegura una mayor estabilidad en la relación entre las ramas del poder estatal.

5. Los autores que defienden la idea de que la corte suprema debe mantener el control de todos los asuntos de carácter constitucional con frecuencia defienden el papel jugado por dichas cortes en la protección de los sistemas democráticos en Latinoamérica. Por lo que se refiere a los gobiernos de facto tan comunes en la historia de la región, añaden que la presencia de tribunales constitucionales no ha demostrado ser relevante a este respecto, en orden a contribuir significativamente a salvaguardar la democracia en contra de los golpistas de turno. En el caso chileno, el primer tribunal constitucional establecido a raíz de una reforma de la Constitución durante el gobierno de Salvador Allende, fue disuelto por la junta militar poco después del golpe.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los argumentos antes revisados, en favor y en contra del establecimiento de tribunales constitucionales en la región, son como salta a la vista, generales. Como hemos dicho, estos argumentos son también relevantes para aquellos países donde ya existe un tribunal constitucional, puesto que ello podría servir para un eventual replanteamiento de sus competencias. Es necesario identificar en cada caso, país por país, los rasgos peculiares. Es lo que se hará en las otras ponencias en este seminario. Los criterios generales propuestos, entonces, podrían ser aplicados a la luz de la situación en cada país de la región.

En particular, creo conveniente considerar a lo menos los siguientes factores en el análisis país por país:

El grado de independencia que la respectiva corte suprema haya mostrado históricamente y la independencia que un tribunal constitucional podría poseer.

El historial de la respectiva corte suprema en la protección directa de los derechos humanos en casos específicos, a través de las acciones de *habeas corpus* y amparo, entre otras, y la conducta que presumiblemente podría tener una corte constitucional a este respecto.

La actividad o pasividad de la corte suprema en la revisión constitucional de las leyes dictadas por el legislativo y el potencial del tribunal constitucional sobre este particular.

En general, la actividad e iniciativa desplegadas por la corte suprema en materias de orden constitucional y la labor potencial de una corte de constitucionalidad en este sentido.

Cuando la labor judicial en un país ha dado muy pocas muestras de ser eficaz en la protección de los derechos humanos —como por desgracia ha sucedido en la mayoría de los países de la región—, aun si se estimaran ciertos los riesgos de un tribunal constitucional parece apropiado emprender su creación. La supuesta politización a la que se alude no es, por lo demás, un riesgo —o una realidad— del que estén ajenas las cortes supremas. De hecho, en su afán por mostrarse apolíticas, con frecuencia las cortes supremas han acabado por jugar un papel irrelevante en la protección del Estado de derecho. En efecto, su supuesta apoliticidad usualmente las conduce a no fiscalizar adecuadamente al ejecutivo ni el legislativo. En la práctica, esta actitud también representa una politización, pero la politización más peligrosa de todas: aquella condescendiente con aquellas que se encuentran en la mejor posición para sobrepasar los límites legales y el Estado de derecho.