TÉCNICAS DE GARANTÍA Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CONSIDERACIONES SOBRE LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA Y DE LA UNIÓN EUROPEA

Giancarlo ROLLA*

SUMARIO: I. *Algunas características de las recientes codificaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales*. II. *Características de la codificación de los derechos fundamentales*. III. *Instrumentos constitucionales para reforzar la garantía de los derechos fundamentales*. IV. *Cláusulas que favorecen la integración de catálogos constitucionales en materia de derecho de la persona*. V. *El valor constitucional de las cláusulas sobre la dignidad humana*. VI. *Cláusulas tendentes a favorecer el equilibrio entre derechos constitucionales*. VII. *Modelos de justicia constitucional orientados a la tutela directa de los derechos fundamentales*.

I. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS RECIENTES CODIFICACIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En los últimos años se aprobaron nuevas cartas constitucionales, las cuales —más allá de las especificidades históricas, de la diversidad de las formas de gobierno y de Estado— tienden a homologarse en la lista de los derechos de la persona reconocidos como fundamentales y en las técnicas de garantía. Las nuevas Constituciones tienen en común la voluntad de reservar una amplia parte del texto a la enumeración de una vasta gama de derechos fundamentales y a la identificación de instrumentos específicos y órganos para su tutela, y tal tendencia parece acercar realidades constitu-

* Catedrático de derecho constitucional, Universidad de Génova , Italia.

cionales diferentes, como las de los Estados de Europa central y oriental, y las recientes Constituciones de América Latina.[1]

A pesar de su diversidad, los fenómenos constitucionales en los que se han visto involucrados estos países presentan algunas características comunes, que merecen ser destacadas: el objetivo de este trabajo es subrayar los rasgos comunes, así como los elementos de diferenciación entre las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea y las Constituciones de América Latina.

En primer lugar, las nuevas Constituciones han supuesto una verdadera e importante discontinuidad respecto a la precedente y traumática historia constitucional y política del continente europeo y de America Latina, marcada por el hecho de que estas áreas geográficas se vieron afectadas por un amplio proceso de democratización: tal proceso, por lo que concierne a Europa, se ha desarrollado en tres "oleadas" sucesivas, que han implicado, primero, a los Estados que salieron de la Segunda Guerra Mundial (Italia, Francia, Alemania), posteriormente, a los ordenamientos mediterráneos, nacidos de la crisis de los regímenes fascistas (Grecia, Portugal, España), y por último, a los Estados de la Europa Oriental, tras la crisis de la hegemonía de la URSS.

Estas transiciones constitucionales —aun con su heterogeneidad y especificidades históricas— presentan algunos aspectos comunes, relativos respectivamente, al procedimiento de codificación y a los valores que inspiran las Constituciones en sentido sustancial.

Por cuanto concierne al procedimiento de codificación, las transiciones han sido democráticas y pacíficas, favorecidas —en Europa— por la fuerza atractiva de la Unión Europea, que ha ejercido de verdadero y auténtico "poder constituyente asistido" gracias a la acción de vigilancia llevada a cabo por la "Comisión para la Democracia a través del Derecho" del Consejo de Europa frente a los proyectos de Constitución elaborados por los Estados interesados en formar parte de la Unión Europea; —en América

[1] En general, sobre las transiciones constitucionales acaecidas: Vergottini, G. de, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; Ceccherini, E., *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milán, 2002; Mezzetti, L., *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Pádova, 2003; Gambino, S. (coord.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milán, 2003; *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Turín, 2004. Para referencias más amplias relativas a las codificaciones de los derechos fundamentales véase Rolla, G., *Derechos fundamentales, Estado democratico y justicia constitucional*, Mexico, 2002, pp. 33 y ss.

Latina— por la búsqueda de acuerdos políticos encaminados a legitimar las decisiones constituyentes.[2]

Por lo que se refiere a los valores, las recientes Constituciones se caracterizan no sólo por la presencia de amplios y detallados catálogos de derechos (verdaderos *Bill of rights*), sino también por la idea común de que los derechos fundamentales de la persona constituyen un elemento que caracteriza la forma de Estado democrático de derecho.[3]

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

Respecto de los primeros, podemos recordar que algunos de ellos identificaban en la institución de la forma de Estado democrática, el único medio para asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos (Venezuela), para garantizar los derechos individuales y sociales (Brasil), para asegurar la primacía de la persona humana y su dignidad (El Salvador y Guatemala). A su vez, el artículo 5.2 de la Constitución chilena considera el respeto de los derechos inherentes a la persona un límite al ejercicio de la soberanía, mientras "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". A su vez, el artículo 1o. de la Constitución de Perú y el artículo 59 de la Constitución de Honduras 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 hu-

[2] Baste considerar, como ejemplo, el proceso de negociación en Colombia con exponentes de la guerrilla, que facilitó la reforma constitucional de 1991; las modificaciones producidas en la Constitución de El Salvador, después del acuerdo con el "Frente Farabundo Marti" 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, Carlos Menem y Raúl Alfonsin, que sirvió como base a la reforma constitucional de 1994; el pacto que confirmó el frente político que se opuso al gobierno militar en Brasil y que favoreció la reforma constitucional de 1988.

Sobre las carácterísticas de nuevo constitucionalismo latinoamericano: Valadés, D., "El nuevo constitucionalismo iberoamericano", *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, pp. 471 y ss.

Sobre las transiciones constitucionales en América Latina, véase, si bien limitándose a la doctrina italiana: Mezzetti, L., *Le domocrazie incerte*, Turín, 2000; Ceccherini, E., *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milán, 2002; Carducci, M. (coord.), *Il costituzionalismo "parallelo" delle nuove democrazie-Africa e America Latina*, Milán, 1998.

[3] Rolla, G., "I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo:spunti critici", en Rolla, G. (coord.) *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Turín, 2001, pp. 4 y ss.

mano es inviolable". Por lo que se refiere a las recientes cartas constitucionales de la Europa Oriental baste recordar la Constitución de Polonia, cuyo artículo 30 califica la dignidad de la persona como fuente de derechos y libertades de las personas y los ciudadanos. Por otra parte, numerosas Constituciones europeas consideran los derechos humanos inviolables, como fundamento de toda comunidad (artículo 1o., Constitución alemana; artículo 2o., Constitución italiana; artículo 10, Constitución española). A su vez, la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, si bien no contiene una disposición asimilable explícitamente a las arriba aludidas, sitúa el principio personalista en el centro de la acción de la Unión.

El nuevo constitucionalismo se caracteriza también por la frecuente adhesión a la forma de Estado social y democrático. Baste considerar, por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución de Ecuador, de Colombia y de Bolivia, que hablan de "Estado social de derecho", fundado en el respeto de la dignidad humana, que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y la justicia; o mejor, el artículo 2o. de la Constitución de Venezuela, que se califica como un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Mientras, en Europa, codificaciones similares están presentes en Portugal (artículo 2o.: "Portugal es un Estado de derecho democrático"), en España (artículo 11: España se constituye en un Estado social y democrático de derecho), Alemania (artículo 20: "La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social"), en Polonia (artículo 2o: "la República de Polonia es un Estado democrático de derecho inspirado en los principios de la justicia social").

En Italia, además, recientes orientaciones doctrinales interpretan la expresión "forma republicana", contenida en los artículos 1o. y 138 de la Constitución, no en el sentido restringido de su significado institucional (la presencia de un presidente de la República en tanto que jefe del Estado), sino en sentido sustantivo: en tanto que fórmula expresiva de los principios y valores históricamente propios de la República italiana, simbolizados en el artículo 1o. de la Constitución ("Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo").[4]

[4] Véase Rolla, G., *L'organizzazione costituzionale dello Stato*, Milán, 2005, pp. 146 y ss.; Morelli, G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno: la legge fondamentale di Bonn comparata con le costituzioni francese e italiana*, Milán, 1966.

Tales consideraciones influyen sobre la naturaleza constitucional de los derechos, que no sólo reconocen posiciones subjetivas y garantías individuales, sino que representan también un elemento cualificador el sistema de valores que se expresa a través de la Constitución. Utilizando las palabras del juez constitucional español, a propósito de esta cuestión, puede hablarse de "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica".[5]

Además, las Constituciones propias del Estado democrático y social, aun remitiéndose idealmente y en algunos casos formalmente a las codificaciones liberales (por ejemplo, el preámbulo de la Constitución francesa de 1958 afirma que "el pueblo francés proclama solemnemente su fidelidad a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional, definidos de la Declaración de 1789, confirmada e integrada por el Preámbulo de la Constitución de 1946"), presentan algunos elementos innovadores.[6]

En primer lugar, se potencian los instrumentos de garantía, a fin de evitar que el reconocimiento de los derechos del hombre se reduzca a una "declaración romántica", priva de efectividad: en particular, un indudable salto de calidad en la tutela de los derechos fundamentales se registra con la afirmación del carácter rígido de las cartas constitucionales y con el desarrollo de la justicia constitucional, que se vuelve la institución principal para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, se elabora una noción más evolucionada de la persona, que no está constituida por el individuo aislado o por la persona en su dimensión iusnaturalista, sino por la persona considerada en su proyección social. El hombre y la mujer están tutelados en cuanto sujetos sociales, en cuanto individuos históricamente determinados que, inmersos en la sociedad, participan activamente en la vida pública y en las instituciones y deben estar en condiciones de recabar estímulos para enriquecer su propia personalidad.

En tercer lugar, el valor de la libertad se sitúa junto al de la dignidad, mientras que el principio de igualdad se enriquece con nuevos significados constitucionales: a la igualdad entendida como la prohibición de tratos irrazonablemente diferenciados por parte del legislador, se le suma la

[5] STC 25/81.

[6] Ulteriores consideraciones sobre el particular en Rolla, G., *La tutela costituzionale dei diritti*, Milán, 2002, pp. 3 y ss.

prohibición de discriminación y el reconocimiento de acciones positivas con el fin de conseguir la salvaguarda de la igualdad en sentido sustantivo.

Esta pluralidad de significados encuentra una enunciación completa en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la que el título dedicado a la igualdad se articula en la igualdad ante la ley (artículo II, 80), en la prohibición de discriminación (artículo II, 81), en el respeto de la diversidad (artículo II, 82), en la promoción de medidas particulares a favor de determinadas categorías de personas (paridad entre mujeres y hombres, derechos del menor, derechos de los ancianos, inserción de las personas con discapacidad).

II. Características de la codificación de los derechos fundamentales

Los catálogos de derechos presentan una pluralidad de lenguajes y técnicas de clasificación que vuelven arduo un intento de síntesis. Podemos hablar al respecto, de una Babel de lenguajes que induce a considerar que se está en presencia de una "carencia casi absoluta de sistematización".[7]

Por ello existen Constituciones que no introducen distinciones entre los derechos, calificados como fundamentales o constitucionales (Argentina, Bolivia, Chile, México, Uruguay, Alemania, Bélgica, Finlandia, Holanda, Suecia, Estonia, Hungría), Constituciones que optan por un reparto tradicional distinguiendo entre derechos civiles, políticos, sociales y económicos (Perú, Panamá, Ecuador, Guatemala, El Salvador, Brasil, Costa Rica, Italia, Portugal, Polonia, Eslovaquia) y finalmente, Constituciones que introducen clasificaciones más amplias, abriéndose al reconocimiento de los derechos culturales y de identidad, a los derechos ambientales y a los derechos de la familia o de categorías de ciudadanos determinadas (Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela, Irlanda, República Checa).[8]

[7] Castro, Cid, "Derechos humanos y Constitucion", *Revista de Estudios Politicos*, 1980, p. 132.

[8] La noción de "nuevos derechos" y la clasificación de los derechos fundamentales en generaciones que se han sucedido en el tiempo ha sido acogida favorablemente por la doctrina latinoamericana. Véase, como ejemplo: Badeni, G., *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1995; Ruiz Miguel, C., "La tercera generación de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, 1991, pp. 303 y ss.; Gil Robles, A., "Apuntes sobre el reconocimiento y tratamiento de los llamados nuoevos derechos en

Diferente resulta la clasificación adoptada en España, donde la Constitución distingue entre derechos fundamentales y libertades públicas, derechos y deberes de los ciudadanos, así como principios informadores de la política social y económica.

Particularmente interesante, desde el punto de vista metodológico, se muestra, por otro lado, la técnica de clasificación adoptada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ésta no acoge las clasificaciones tradicionales, sino que intenta unificar las múltiples posiciones subjetivas garantizadas en torno a algunos valores de referencia: la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía, la justicia. Y a su vez, tales valores se encuentran unificados en la posición central que ocupa la persona y su intrínseca e indefectible dignidad. Se configura, por tanto, una estructura piramidal en cuyo vértice se sitúa la persona, la tutela de la cual presupone el reconocimiento activo de valores precisos, los que —por su parte— se realizan a través del reconocimiento de derechos específicos.[9]

1. *La especificación de los derechos como técnica de codificación*

Una característica relevante de los catálogos constitucionales en materia de derechos —con la excepción menor de algunas Constituciones de la Europa Central y Septentrional— es la evidente propensión a la especificación de las situaciones subjetivas reconocidas como derechos. La codificación tiende a ser exhaustiva y a especificar en modo detallado los perfiles de la personalidad y del actuar humano que se encuentran tutelados. Las listas resultan bastante minuciosas, y con frecuencia el constituyente se encarga de identificar directamente las situaciones jurídicas subjetivas por tutelar.[10]

Es necesario, sin embargo, precisar que una amplia analítica positivización no es en sí misma índice de una efectiva y sustancial tutela de los dere-

algunas constituciones de latinoamerica", *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Madrid, 1997, pp. 103 y ss.; Pérez Luno, A., "Las generaciones de derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, pp. 203 y ss.

[9] Sobre este punto se reenvía a Rolla, G., "La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Considerazioni in merito alle tecniche di codificazione", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2005.

[10] Rolla, G., "I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici", en Rolla, G. (coord.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Turín, 2001, pp. 10 y ss.

chos de la persona. La inserción de tales derechos en el texto de las Constituciones —por cuanto sea necesaria e importante— no permite percibir con inmediatez el grado de efectividad de los mismos.

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

Lo anterior pone en evidencia un dato importante, que no puede ser olvidado por el jurista o por el intérprete jurisdiccional: el hecho de que en muchos casos se está en presencia de documentos que asumen la forma de las Constituciones propias de la tradición liberal y democrática, pero que no tienen tal espíritu. En este caso, según una feliz expresión, se dice que se está en presencia de *Constitutions without constitutionalism*.

Ello no obstante, las más recientes cartas constitucionales se muestran claramente favorables a adoptar la técnica de los catálogos detallados;[11] y así ocurre, esencialmente, para satisfacer una o más exigencias específicas.

En primer lugar, se propone historiar los derechos de la persona reconocidos en un preciso periodo histórico y establecer una discontinuidad respecto del pasado. La especificación cumple una función de naturaleza didáctica. Teniendo el objetivo de evidenciar la ruptura político-institucional que separa el actual ordenamiento constitucional de los precedentes, cumple una función de reacción respecto a periodos autoritarios y antidemocráticos precedentes: permite enfatizar los rasgos de la dignidad y de la libertad de la persona que los regímenes precedentes habían conculcado. Podemos mencionar numerosos ejemplos, como las normas que prohíben la esclavitud y la segregación racial, las que prohíben la tortura y tutelan el derecho a la vida, o las que aseguran el pluralismo y los derechos políticos.

En segundo lugar, la especificación de los derechos encaminados al desarrollo de la personalidad humana pretende dar parámetros más detallados para la actividad interpretativa de los jueces y la actividad especificativa del legislador. Esta finalidad resulta evidente, sobre todo, en aquellos sistemas constitucionales en los que faltan órganos jurisdiccionales profesionales, dotados de un *status* constitucional de autonomía e independencia del poder político.

[11] Véase Ceccherini, E., *La codificazione dei diritti nelle recenti costituzioni*, Milán, 2002.

En tercer lugar, la especificación se propone desempeñar una función de transparencia frente a los ciudadanos, haciendo "visibles" los derechos garantizados y ejercitables. Dicha finalidad, por ejemplo, parece inspirar la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. A propósito, baste recordar que el documento preparatorio, redactado por el llamado "Comité Simitis" (integrado por ocho constitucionalistas e instituido por la Comisión Europea para sentar las bases del debate sobre la codificación de una Carta de derechos fundamentales), manifestó claramente la opinión de que los derechos deberían ser enumerados y enunciados en modo tal que todo ciudadano europeo fuese capaz de conocerlos y hacerlos valer; en otros términos, "los derechos fundamentales deben ser visibles".[12]

2. *El reconocimiento de los derechos culturales y colectivos*

Muchas de las Constituciones de América Latina y de la Europa central y oriental reconocen derechos culturales y colectivos, y tal reconocimiento adquiere —a nuestro parecer— un particular significado a la luz de la historia política e institucional de estos países : en el caso de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (en América Latina) y a las minorías nacionales y étnicas (en Europa) se trata de un parcial reconocimiento de los errores y horrores de la colonización y de las persecuciones.

Es el caso de Venezuela (artículos 19 y ss.), de Paraguay (artículos 62 y ss), de Panamá (artículo 123), de Nicaragua (artículo 5o. y ss.), de México (artículo 2o. y ss.), de Guatemala (artículo 66 y ss.), de Brasil (artículo 231), de Argentina (artículo 75). Por su parte, en Europa, disposiciones constitucionales específicas se encuentran presentes como garantía de las minorías étnicas y nacionales —por ejemplo— en las Constituciones de Eslovaquia (artículos 33 y 34), de Hungría (artículo 68) y de Eslovenia, que prevé derechos especiales en favor de las comunidades autóctonas italianas y húngaras, así como de las rumanas.

Sobre este punto también ha manifestado una especial atención la Unión Europea, la cual, antes de codificar en la Carta de los Derechos de la Unión el principio de respeto a las diversidades étnicas y culturales (artículo II, 82) ha aprobado diversos actos internacionales. A propósito, se pueden recordar, por

[12] Commissione Europea, *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali:per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'U.E.*, Bruselas, 1999.

ejemplo: la Carta de las Lenguas Regionales y Minoritarias aprobada en 1992 por el Consejo de Europa, que se propone asegurar determinados derechos a los grupos minoritarios que hablan lenguas en riesgo de desaparición, en tanto que acalladas por las lenguas oficiales y cooficiales; la Carta sobre Seguridad Europea aprobada en Estambul en 1999, en la que se afirma que "la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de la minorías nacionales será protegida y que las personas pertenecientes a minorías nacionales tienen el derecho de expresarse libremente, de conservar y desarrollar su identidad sin discriminación alguna"; la Convención-marco para la protección de las minorías nacionales adoptada por el Consejo de Europa en 1994, que asigna a los Estados adherentes el encargo de dar curso, según el principio de buena fe, a las medidas adecuadas para promover la plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a las minorías nacionales y aquellas que pertenecen a la comunidad mayoritaria.[13]

Tales codificaciones presentan delicados problemas de naturaleza doctrinal desde el momento en que numerosos autores dudan de la posibilidad de reconocer derechos constitucionales cuyos titulares no sean individuos, sino determinados grupos sociales. El tema es particularmente complejo, y su tratamiento orgánico excede de las tareas a las que se circunscribe el presente trabajo: sin embargo, no se puede evitar precisar que en este caso no nos encontramos —en nuestra opinión— tanto en presencia de derechos no individuales, cuanto del reconocimiento de supuestos que habilitan a derogar de la aplicación de los derechos universales (esto es, universalmente válidos para todos los asociados). Por otra parte, estas codificaciones terminan por recoger algunos documentos internacionales recientes, como la Declaración de los Derechos y de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, adoptada por la Asamblea General de la ONU, la cual establece que "*minorities may exercise their rights… in-*

[13] Véanse aspectos docrtinales en: Rolla, G., "Il riconoscimento delle diversità culturali nella Costituzione europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2004, pp. 15 y ss.; *La tutela giuridica delle minoranze*, Pádova,1998; Toniatti, R., "Los derechos del pluralismo cultural en la nueva Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, 2000, núm. 58, pp. 17 y ss.; Piergigli, V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milán, 2001; Bokatola Omanga, I., *L'Organisation des Nations Unies et la protection des minorités*, Bruselas, 1992; Capotorti, F., "The Protection of Minorities under Multilateral Agreements on Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, 1976; Palici di Suni, E., *Intorno alle minoranze*, Turín, 2002, pp. 165 y ss.; "Sulla tutela internazionale delle minoranze": Modeen, T., *The International Protection of National Mminorities in Europe*, Abo, 1969.

dividually as well as in community with other members of their group without any discrimination".[14]

En general, las facultades reconocidas a los miembros de grupos étnicos o a minorías nacionales que las Constituciones garantizan se pueden articular como derechos exclusivos (sobre tierras, sobre la explotación de recursos naturales, sobre el hábitat circundante), como derechos promocionales orientados a eliminar o limitar la condición socialmente subalterna de tales grupos (mediante programas de ayuda al empleo, la sanidad, las políticas juveniles) como derechos de autogobierno, reconocidos mediante una pluralidad de soluciones institucionales de intensidad variable (desde la adopción de un sistema federal o regional al reconocimiento del autogobierno sobre una porción circunscrita del territorio).[15]

Con objeto de reforzar las tradiciones y la cultura de determinados grupos étnicos, algunas Constituciones prevén la institución de órganos para la promoción y la tutela de los derechos de la comunidad. Se trata, en general, de órganos representativos de la pluralidad de los grupos étnicos presentes en el territorio, dotados de funciones consultivas o de propuesta, o de funciones de tipo jurisdiccional. Es el caso, por ejemplo, del Consejo Consultivo de las Nacionalidades, instituido en Letonia con la Ley Constitucional sobre el Libre Desarrollo, y el Derecho de Autonomía Cultural de los Grupos Nacionales y Étnicos de 1991; de la Asamblea Popular Sueca, integrada por 75 miembros, que puede realizar propuestas o expresar opiniones relativas a las medidas del gobierno finlandés, susceptibles de incidir sobre los intereses de la minoría sueca; del Consejo para la Minorías Nacionales previsto en Rumania, establecido por el decreto gubernativo núm. 137, de 6 de abril de 1993, competente para ofrecer su opinión sobre todas las iniciativas normativas y administrativas del gobierno relativas a los derechos de las minorías étnicas.

Por último, carácter particular poseen las disposiciones constitucionales que reconocen a las comunidades étnicas un derecho de representación

[14] Para referencias ulteriores, permítaseme reenviar a Rolla, G., "La tutela costituzionale del diritto all'identità culturale", en Rolla, G., *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 111 y ss. Véase también, en referencia a la tutela nacional e internacional de los derechos a la identidad cultural: Ceccherini, E., "Diritti individuali v.diritti comunitari", en Rolla G., *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 163 y ss.

[15] Véase Ceccherini, E., "I diritti dei popoli indigeni: profili di costituzionalità", Rolla, G., Ceccherini, E. (coord.), *Scritti di diritto costituzionale comparato*, Genova, 2005, pp. 218 y ss.

en el seno de los órganos constitucionales del Estado. La representatividad de los componentes étnicos en los poderes públicos es, por ejemplo, el elemento característico de la Constitución de Bosnia-Herzegovina de 1995.[16] A su vez, la Constitución rumana atribuye un escaño de la Cámara de los Diputados a cada uno de los grupos minoritarios; mientras los artículos 5o. y 64 de la Constitución eslovena permiten la participación en las asambleas electas locales y nacionales de los miembros de las minorías radicadas sobre el propio territorio.

En sentido análogo, el artículo 171 de la Constitución colombiana reserva dos escaños en el Senado a los miembros de las poblaciones indígenas y además, el artículo 176 establece que los grupos étnicos disponen de cuotas especiales en la Cámara de los Representantes.

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

El reconocimiento de los derechos fundamentales debe estar acompañado por la codificación de instrumentos de garantía institucional, que pueden ser tanto generales como de naturaleza sectorial.

Los primeros son encaminados esencialmente a los principios propios del Estado constitucional de derecho, como la supremacía normativa de la

[16] El territorio de dicho Estado, efectivamente, se encuentra dividido en dos entidades: la Federación de Bosnia-Herzegovina, integrada por bosnios y croatas y la República serbia de Srspka, y esta diarquía étnica se reproduce en el seno de la estructura institucional. Así, el Parlamento se compone de dos Cámaras: la Cámara de los Pueblos, formada por quince delegados, de los cuales diez son nombrados por el Legislativo de la Federación bosnia y cinco por el del territorio serbio, y la Cámara de los representantes, con 42 miembros, dos tercios de los cuales son elegidos por el cuerpo electoral de la Federación y un tercio por el de la República serbia. También el cargo de la presidencia recalca la subdivisión étnica: en efecto, el órgano está constituido por tres miembros, cada uno representando a una de las etnias. Particularmente curiosa es la composición del Tribunal Constitucional, que pretende la máxima salvaguarda de la imparcialidad. Se compone de nueve miembros, de los cuales cuatro son elegidos por la Cámara de los Representantes de la Federación, y dos por la Asamblea de la República de Srspka; el resto de componenetes los nombra el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, previa consulta con la presidencia, y no deben ser ni ciudadanos de Bosnia-Herzegovina, ni de los paises limítrofes. La estructura institucional de Bosnia-Herzegovina pone de manifiesto la dificultad de recomponer unitariamente un Estado, dividido y dañado por las oposiciones étnicas, formado más sobre la contigüidad de las dos entidades territoriales que sobre la unidad de estas últimas.

Constitución, el principio de legalidad, la reserva de ley, la separación de poderes, la autonomía de la magistratura. En forma más general se puede afirmar que subsiste una relación instrumental entre la estructura de las cartas constitucionales y la finalidad de asegurar la tutela de los derechos. Esto es, en el sentido que el catálogo de derechos y principios sobre la organización de los poderes no constituyen dos partes distintas de la Constitución, sino dos perfiles conexos, en cuanto relativos, uno al reconocimiento de los derechos, y los otros, a la predisposición de garantías institucionales y jurisdiccionales, orientadas directa o indirectamente a asegurar mejor la garantía de los derechos fundamentales. Una especie de "hilo negro" ideal, capaz de vincular las primeras cartas constitucionales con las más recientes y complejas Constituciones, puede asociarse a la intención común de atribuir a las Constituciones la tarea esencial de garantizar a la persona humana y reconocerle sus derechos fundamentales.[17]

En cambio, las diversas tipologías de garantías institucionales de naturaleza sectorial son dirigidas al específico ámbito material de derechos entre ellas sobresalen la reglamentación de los estados de excepción y de suspensión temporal de las garantías constitucionales, y la introducción de cláusulas de apertura al ordenamiento internacional.

1. *La introducción de cláusulas de apertura del derecho interno al ordenamiento internacional*

Sin embargo, la cláusula más interesante a nuestro parecer es la presencia de disposiciones que reconocen al derecho internacional rango constitucional y una posición de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico. En un mundo siempre más integrado es evidente la crisis de autosuficiencia de los ordenamientos nacionales en particular.[18] Tal exigencia se advierte sobre todo en materia de derechos fundamentales por la tensión universalista que anima la protección de la persona humana. El nuevo constitucionalismo presenta diversas disposiciones que dan un valor de rango consti-

[17] Sobre las relaciones entre constitucionalismo y garantía de los derechos fundamentales véase, Rolla, G., *Derechos fundamentales*, *Estado democratico y justicia constitucional*, México, 2002, pp. 126 y ss.

[18] Véase, sobre las cláusulas de apertura al ordenamiento internacional: Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, 1999.

tucional a las normas internacionales en materia de derechos humanos, tanto en Europa cuanto en América Latina.[19]

En Europa se puede recordar el artículo 16 de la Constitución portuguesa, según el cual las previsiones constitucionales y legislativas en materia de derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Igualmente, según el artículo 10.2 de la Constitución española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esas mismas materias ratificados por España. A su vez, el artículo 11 de la Constitución eslovaca y el artículo 10 de la Constitución de la República Checa reconocen que las normas sobre derechos fundamentales ratificadas por el estado poseen una fuerza jurídica superior a las leyes.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, además no faltan cláusulas —en cierto sentido— asimilables. Puede ser el caso, por ejemplo, del artículo 52.3 que dispone "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa".

Del mismo modo, puede aludirse la disposición contenida en el artículo 53 de la carta, según la cual ninguna de las disposiciones de ésta deberá ser interpretada en sentido limitante o lesivo para los derechos del hombre y las libertades fundamentales reconocidas por el derecho de la Unión, por el derecho internacional, por las convenciones internacionales de las cuales la Unión o todos los Estados miembros sean parte contrayente, por las Constituciones de los Estados miembros. La novedad de tales formulaciones —por otra parte plenamente comprensibles a la luz de la peculiaridad institucional de la Unión— puede encontrarse en la circunstancia de que la

[19] Gros Espiell, H., "El derecho inteernacional en la jurisdicción constitucional", *La jurisdicción constitucional*, San José, 1993, pp. 61 y ss.; Fix-Zamudio, H., "El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *The Modern World of Human Rights*, San José, 1996, pp. 159 y ss.; Mora Mora, L. P., "El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense", *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, 1996, pp. 67 y ss.

Unión se abre no sólo a los derechos reconocidos por el ordenamiento internacional, sino también a aquellos tutelados en los ámbitos nacionales de los Estados adherentes.

El fenómeno, sin embargo, es particularmente relevante en las más recientes cartas constitucionales de América Latina, ya sea por la técnica de codificación utilizada, ya sea, sobre todo, por las consecuencias que produce sobre el ordenamiento constitucional y sobre el sistema político de tales países.

Se puede hacer referencia, por ejemplo, al artículo 46 de la Constitución de Guatemala, al artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, al artículo 5o. de la Constitución de Brasil, al artículo 75 de la Constitución de Argentina, al artículo 18 de la Constitución de Ecuador, y al artículo 23 y ss. de la Constitución de Venezuela, al artículo 141 de la Constitución de Paraguay, al artículo 7o. de la Constitución de Costa Rica, al artículo 5o. de la Constitución de Bolivia.

Además, el valor normativo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reconocido por diversos tribunales constitucionales. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela declaró la inconstitucionalidad de actos jurídicos en contraste con la jurisprudencia internacional; mientras en modo incisivo la Sala Constitucional de Costa Rica afirmó que la jurisprudencia de los órganos de justicia interamericana posee "el mismo valor que la norma interpretada".[20]

Fundamental ha sido la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que afrontando la delicada cuestión de la constitucionalidad de las leyes "de punto final y obediencia debida", y de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ha calificado dicha jurisprudencia a la luz de una guía para la interpretación de las disposiciones de la Constitución.[21]

La influencia de la normativa y de la jurisprudencia supranacionales sobre los ordenamientos nacionales genera un verdadero bloque de constitucionalidad, y alimenta una tendencia constitucional de particular interés,

[20] Sentencia 20312-95.

[21] Véase Pizzolo, C., *Los crímines de lesa humanidad no pueden ser objecto de amnistía. El caso argentino y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia*, ponencias desarrolladas en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa, 2005, pp. y 113 ss.; *idem*, "Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la incostitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso «Simón»", *La Ley*, 25 de julio de 2005, pp. 7 y ss.

que permite al derecho nacional especificar e implementar sus propios *standards* de tutela. Tal proceso de ósmosis favorece la formación de comunes tradiciones constitucionales capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, independientemente del ordenamiento estatal de referencia.[22]

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

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

En segundo lugar, tales derechos —en cuanto incorporados al ordenamiento nacional por decisión del poder constituyente— representan un límite a las decisiones y al comportamiento del poder constituido. En tercer lugar, los derechos reconocidos a nivel internacional son inmediatamente justiciables a través de los múltiples procedimientos de recurso directo ante los tribunales constitucionales previstos por las cartas constitucionales.

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

2. *La limitación y la suspensión de los derechos fundamentales durante los estados de emergencia*

Los derechos constitucionales de libertad se encuentran con frecuencia sometidos a limitaciones o bien a suspensiones temporales en su disfrute para afrontar situaciones de emergencia o de seguridad pública.

Derogaciones parciales y condicionales de su tutela se encuentran previstas en muchos ordenamientos, pareciendo encontrar una doble justifica-

[22] Rolla, G., "Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzional", *Quaderni Costituzionali*, 1997, pp. 419 y ss.

ción: por una parte, se atribuye al estado de necesidad el carácter de fuente de producción del derecho, apta para innovar sobre normas del ordenamiento jurídico vigente; por otra parte, se considera que las condiciones para garantizar la permanencia de los derechos fundamentales y de las instituciones que otorgan carácter democrático a un régimen político pueden, en concretas fases políticas circunscritas, asegurarse sólo tras su negación o atenuación temporal.

En la realidad contemporánea se presentan con frecuencia casos en los que la afirmación plena de una posición subjetiva acabaría por quebrar valores constitutivos del ordenamiento constitucional. En ocasiones, los presupuestos para garantizar la permanencia de los derechos fundamentales y las instituciones que definen como democrático un régimen político pueden ser asegurados sólo tras su atenuación temporal.[23] Según una orientación extendida, no parece ni irrazonable, ni contrario a los principios constitucionales, consentir al ordenamiento la adopción de medidas insólitamente restrictivas de un derecho fundamental, mientras que ello venga determinado por una situación de urgencia y necesidad, y no se prorrogue injustificadamente en el tiempo.

En virtud de lo delicado del problema, las Constituciones son, en general, propensas a disciplinar la materia: no obstante, hay que poner de relieve que la perspectiva del constitucionalismo europeo se muestra distinta a aquella presente en los más recientes documentos constitucionales de América Latina.

En Europa, la temática de las suspensión de los derechos fundamentales se afronta desde una perspectiva doble: por un lado, se confiere dignidad constitucional al principio de la "democracia que se defiende", por el otro, se prevé sancionar las formas de abuso en el ejercicio de tales derechos.[24]

A propósito de este último caso, el ejemplo más significativo lo constituye el artículo 18 de la Constitución alemana, que dispone que quien abuse de la libertad de reunión, de la libertad de asociación, del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, del derecho de propiedad o de asilo para combatir el ordenamiento fundamental democrático y liberal, pierde estos derechos. Para continuar en el ámbito de las cláusulas que prohíben el llamado "abuso de los derechos", pueden mencionarse ya sea el artículo 17 de la Human Rights Act del reino Unido, o bien el artículo 54.

23 Dottrina sulla democrazia che si difende.

24 Véase Benazzo, A., *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Turín, 2004.

Por el contrario, el principio la "democracia que se defiende" se recoge en diversas cláusulas constitucionales tendentes a justificar la limitación en el ejercicio de determinados derechos con la exigencia de salvaguardar los principios generales de democracia y de justicia. La más conocida de tales cláusulas se contiene en el artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que permite someter el ejercicio de la libertad de expresión a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, que constituyen "medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial".[25] Dicha formulación ha circulado ampliamente en las recientes cartas constitucionales de la Europa Central y Oriental. En sustancia, ha sido retomada por la Constitución de Polonia, en cuyo artículo 31 se dispone que toda limitación a los derechos y a las libertades constitucionales debe imponerse tan sólo en caso de necesidad "en un Estado democrático para la protección de su seguridad o del orden público, o para proteger el medio ambiente, la salud y la moral pública, o los derechos ajenos".

A su vez, el artículo 11 de la Constitución de Estonia prevé que los derechos constitucionales puedan ser limitados siempre que ello sea necesario en una "sociedad democrática"; además, el artículo 44 de la Constitución de Lituania consiente que el legislador introduzca las restricciones necesarias sobre los derechos y libertades para garantizar la seguridad, el orden público y la paz. Mientras, según el artículo 12 de la Constitución sueca, las limitaciones a los derechos pueden ser impuestas sólo para satisfacer finalidades compatibles con una sociedad democrática; además, tales limitaciones no pueden extenderse hasta el punto de amenazar la libre formación de las opiniones, en tanto que principio fundamental de la democracia.

Fórmulas similares, por otra parte, se encuentran presentes también en ordenamientos distintos a aquellos hasta ahora considerados.

[25] *Cfr*. Bustos Gisbert, R., "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática", en García Roca J. y Santolaya P. (coords.), *La Europa de los derechos*, Madrid, 2005, pp. 529 y ss.

Por una parte, resulta de particular interés el artículo 1o. de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, la cual afirma que no pueden ser impuestas restricciones a los derechos y libertades enunciados en la Carta, más allá de aquellas establecidas por la ley, dentro de los límites de la razonabilidad y de las que se pueda demostrar su justificación en el marco de una sociedad libre y democrática.[26] Por otra parte, el artículo 33 de la Constitución de Sudáfrica contiene una disposición claramente inspirada en la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades —aunque "contaminada" por la fórmula de la Constitución alemana sobre la salvaguarda del contenido esencial de los derechos— la cual consiente en someter a los derechos fundamentales, a límites razonables y justificables en una sociedad abierta y democrática fundada sobre la dignidad, la libertad y la igualdad, siempre que no sea violado el contenido esencial del mismo derecho.[27]

Con tales formulaciones, las Constituciones pretenden confiar en la sabiduría del legislador o —posteriormente— de los jueces constitucionales para conseguir un balance equitativo entre las libertades individuales y los intereses de la comunidad. Tales operaciones no resultan en absoluto fáciles, puesto que, por un lado, se deben predeterminar los parámetros con cuya provisión considerar razonables las limitaciones legislativas al disfrute de los derechos constitucionales;[28] por otro lado, se requiere atribuir a la noción de "sociedad libre y democrática" un significado fuertemente ligado al contexto político y cultural: en todo caso, siempre orientado a asegurar que la intervención de limitaciones sobre los derechos se encuentre ligada a necesidades relevantes, urgentes y reales en una sociedad libre y democrática.

[26] Véase Rosa, G., "The Canadian Charter as a Model for the Codification Process of Fundamental Human Rights in Common law Countries", en Rubboli M., (ed.), *The Canadian Charte of Rights and Freedoms: the First Twenty Years*, Génova, 2003, pp. 89 y ss.

[27] Rosa, G., "Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2002, pp. 656 y ss.

[28] Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Canadá ha elaborado un auténtico *test* —que tomó el nombre de la autorizada opinión del juez *Dickinson*— basado en cuatro elementos: el objetivo que se pretende perseguir con la limitación debe ser de importancia suficiente; debe subsistir una conexión racional entre dicho objetivo y el contenido de la limitación; la limitación debe suponer la menor restricción posible al ejercicio del derecho; los efectos de la limitación del derecho no deben ser desproporcionados repecto del objetivo que se persigue. *Cfr*. Telese, G., "Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i princpi generali elaborati dalla Corte suprema del Canada", en Rolla, G. (coord.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milán, 2000, pp. 83 y ss.

Más similares a las fórmulas en materia de declaraciones de los estados de excepción codificadas en las Constituciones latinoamericanas resultan ser, en cambio, el artículo 16 de la Constitución francesa, que atribuye poderes especiales al presidente de la República en caso de que se vean amenazadas en medida grave e inmediata las instituciones republicanas, la integridad territorial, o la posibilidad de acometer los deberes internacionales; o bien, el artículo 55 de la Constitución española, que admite la suspensión de algunos derechos fundamentales, ya sea en el caso de declaración de estado de sitio o excepción, ya sea en conexión con la exigencia de afrontar el terrorismo. Mientras, el artículo 78 de la Constitución italiana se limita a prever la posibilidad de que el Parlamento, en el supuesto de declaración del estado de guerra, confiera al gobierno los poderes necsarios.[29]

Por su parte, el nuevo constitucionalismo de América Latina no ha olvidado que la historia constitucional de América Latina estuvo caracterizada por una larga fase da una concepción más semántica que normativa de Constitución, como documento prevalentemente político y programático, no susceptible de una inmediata y directa aplicación.[30] Las Constituciones anteriores estaban concebidas a la luz de un manifiesto, como "un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban".[31]

En consecuencia, el poder derogatorio concedido a los gobiernos de suspender la eficacia normativa de las Constituciones a través de la declaración de los estados de excepción o de emergencia no sólo consintió el sucederse de golpes de Estado, sino también la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional.[32]

Un cambio importante —que según nuestro parecer puede considerarse una verdadera discontinuidad en la historia constitucional de América La-

29 *Cfr*. Morelli, G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno: la legge fondamentale di Bonn comparata con le costituzioni francese e italiana*, Milán, 1966; Lanzoni, L., "Problemi e tecniche della sospensione dei diritti fondamentali: recenti tendenze in prospettiva comparata", *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, pp. 1083 y ss.

30 Bidart Campos, J., "La codificación constitucional y la Constitución real", *Libro en homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, 1980, vol. I.

31 Gros Espiell, H., *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, *cit*., p. 149.

32 *Ibidem*, p. 155.

tina— fue introducido en las recientes Constituciones con la elección ya sea de regular los procedimientos que deben seguirse para conferir legitimación a los estados de excepción, o bien, sobre todo, de precisar las garantías y los derechos individuales, que en cualquier caso deben ser reconocidos.[33]

La Constitución de Colombia establece que las libertades fundamentales reconocidas en los tratados internacionales no pueden verse afectadas durante el estado de insurrección (artículo 212); la Constitución de Nicaragua salvaguarda durante los estados de emergencia, el derecho a la vida y diversos derechos relativos a la dignidad y a la integridad de la persona humana (artículo 185); la Constitución de Perú establece que durante el estado de asedio y de emergencia se conservan las garantías del juicio de amparo y *habeas corpus* (artículo 200); a su vez, la Constitución de Venezuela salvaguarda durante los estados de emergencia el derecho a la vida, a un proceso justo y la prohibición de tortura y de discriminación (artículo 337). Disposiciones similares están incluidas en otras Constituciones: desde Paraguay[34] hasta Guatemala [35]o Chile.[36]

Resulta relevante, sobre el particular, la orientación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que aun durante la vigencia de los estados de excepción, debe garantizarse el ejercicio de todos los instrumentos procesales previstos en las Constituciones para la tutela directa de los derechos fundamentales (juicio de amparo, *habeas corpus*, *mandato de segurança*, recurso de protección, acción de tutela).[37]

IV. Cláusulas que favorecen la integración de catálogos constitucionales en materia de derecho de la persona

En los documentos constitucionales el catálogo de los derechos constitucionales se encuentra, generalmente, acompañado por la presencia de

33 Véase, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 1997; Vergottini, G. de (coord.), *Costituzione ed emergenza in America Latina*, Turín, 1997; Despouy, L., *Los derechos humanos y los Estados de excepción*, México, 1999; *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamerica*, Lima, 1997.

34 Constitución de Paraguay, artículo 288.

35 Constitución de Guatemala, artículo 138.

36 Constitución de Chile, artículo 41 B.

37 Despouy, L., *op. cit*., nota 33, pp. 51 y ss.

cláusulas generales que hacen referencia al valor primario del individuo y al libre desarrollo de su personalidad.

Tales fórmulas no se limitan a resumir el catálogo de derechos contenido en el texto de la Constitución, sino que permiten una tutela más articulada de los mismos, a través de la interpretación evolutiva e integradora de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales de la persona. Así, no califican los elencos constitucionales como "abiertos" (*free-wheeling theories*), en modo de consentir la incorporación entre los derechos constitucionales, de ulteriores derechos hasta entonces enumerados; antes bien los hacen "dinámicos", permitiendo al intérprete actualizar el número de posiciones subjetivas susceptibles de recibir una tutela de rango constitucional.[38] Si por una parte, la individualización de los derechos fundamentales no puede prescindir de un anclaje en las previsiones formales de la Constitución, por otro lado, la inserción de tales cláusulas permite considerar fundamentales no sólo los derechos reconocidos de modo explícito por la Constitución, sino también aquellos que pueden extraerse por vía implícita, instrumental o transversal, siempre que sean reconducibles al principio personalista.[39]

Tienen cabida, por ejemplo, en tal tipología, las cláusulas que reenvían al principio personalista.[40] Es el caso, por ejemplo, del artículo 2o. de la Constitución italiana ("la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales en las que se desenvuelve su personalidad), del artículo 2o. de la Constitución alemana ("Todos tienen derecho al libre desarrollo de la propia personalidad"), del artículo 5o. de la Constitución griega ("todos tienen derecho a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar de la vida social, económica y política del país"), del artículo 10.1. de la Constitución española ("la dignidad de la persona, los derechos inviolables a esta conectados, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos ajenos son el

38 Para ulteriores referencias sobre el debate entre interpretación "abierta" o "cerrada" de las cláusulas que se refieren al libre desarrollo de la persona véase: Rolla, G., "La perspectiva de los derechos de la persona a la luz de las tendencias constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, pp. 39 y ss.

39 Véase Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Turín, 1995.

40 Sobre la relevancia del principio personalista en la reconstrucción de los derechos fundamentales véase: Pizzorusso, A., *Delle persone e della famiglia, persone fisiche*, Bologna, 1980, pp. 30 y ss.; Occhiocupo, N., *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milán, 1984.

fundamento del orden político y de la paz social"), del artículo 7o. de la Constitución finlandesa ("todos tienen derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad personal").

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por su parte, no contiene una disposición directamente asimilable a aquellas arriba aludidas, sin embargo, la centralidad del principio personalista emerge tanto del Preámbulo de la Carta, que "coloca la persona en el centro" de la acción de la Unión, como del reenvío dinámico que éste contiene a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Por el contrario, en las Constituciones de América Latina tiene mucha mayor prevalencia la opción a favor de cláusulas que contienen una apertura genérica al reconocimiento de derechos futuros hasta ese momento no enumerados. Éstas, por lo general, se inspiran en la conocida fórmula de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual la enumeración de determinados derechos no debe ser interpretada como negación o restricción de otros derechos (Venezuela, Uruguay, Perú, Uruguay, Paraguay, Guatemala, Ecuador, Colombia, Argentina).[41] En Europa, en cambio, tal tipo de cláusula es más limitado —debido también a que doctrinalmente se duda de la validez de la teoría de los "derechos constitucionales no enumerados"— y se recoge esencialmente en el artículo 16.1 de la Constitución portuguesa ("Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no excluyen otros previstos por las leyes o por las normas aplicables de derecho internacional"); o también, en el artículo 10 de la Constitución de Estonia, el cual establece que los derechos enumerados en la Constitución no precluyen otros derechos y libertades que sean coherentes con el espíritu de la Constitución o con la dignidad humana y los principios de una sociedad basada sobre la justicia social, la democracia y la *rule of law*.

Su función consiste, en nuestra opinión, en confiar a los jueces la tarea, no tanto de implementar los derechos de la persona, sino de interpretar el sentir social del momento, incorporando determinados comportamientos sociales o condiciones subjetivas entre las manifestaciones de las libertades reconocidas por las cartas constitucionales.

[41] Véanse Constitución de Venezuela, artículo 22; Constitución de Uruguay, artículo 72; Constitución de Perú, artículo 3o.; Constitución de Paraguay artículo 45; Constitución de Guatemala, artículo 44; Constitución de Ecuador, artículo 19; Constitución de Colombia, artículo 94; Constitución de Argentina, artículo 33.

V. El valor constitucional de las cláusulas sobre la dignidad humana

En los documentos constitucionales no faltan disposiciones que, apelando a la dignidad humana, al principio multicultural, o bien a fórmulas asimilables, pretenden ofrecer al intérprete o al legislador un parámetro según el cual llevar a cabo una ponderación adecuada entre los derechos y los valores constitucionales susceptibles de entrar en conflicto entre sí.

Las Constituciones que se inspiran en los principios del Estado democrático de derecho contienen, por lo común, una apelación general y explícita al valor de la dignidad humana: la evolución y el enriquecimiento del principio personalista hacen que al binomio "libertad-igualdad" —propio del constitucionalismo liberal— le acompañe el binomio "dignidad-solidaridad". Es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana, en cuyo artículo 3o. se afirma la misma dignidad social a todas las personas; o bien, el de la española, en cuyo artículo 10 se considera la dignidad humana como "fundamento del orden político y de la paz social". Igualmente, el artículo 1o. de la Constitución alemana proclama la intangibilidad de la dignidad del hombre, el artículo 13 de la Constitución portuguesa dispone que todos los ciudadanos tengan la misma dignidad social, el artículo 1o. de la Carta de los Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa y el artículo 11 de la Constitución eslovaca afirman que los seres humanos son libres e iguales en dignidad. Se pueden, además, mencionar el artículo 30 de la Constitución polaca, que habla de la innata dignidad de la persona, el artículo 34 de la Constitución eslovena, según el cual cada uno tiene derecho a la dignidad personal, mientras el artículo 54 de la Constitución húngara reconoce los derechos innatos a la vida y a la dignidad humana. Por último, el artículo 61 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión afirma la inviolabilidad de la dignidad humana que debe ser respetada y tutelada.

El valor primario de la dignidad humana opera como núcleo aglutinador del sistema jurídico de derechos humanos, también en algunas Constituciones de América Latina. Podemos mencionar en este sentido el artículo 33 de la Constitución de Costa Rica, que prohíbe "discriminaciones contrarias a la dignidad humana"; el artículo 1o. de la Constitución de Perú, según el cual "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; el artículo 6o. de la Constitución de Bolivia

y el artículo 2o. de la Constitución de Puerto Rico, que afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y es deber primordial del Estado respetarlas y protegerlas; el artículo 1o. de la Constitución de Brasil, 5o. de la Constitución de Nicaragua y 3o. de la Constitución de Venezuela, que proponen la dignidad de la persona humana entre los fundamentos del Estado democrático de derecho; el artículo 1o. de la Constitución de Colombia, que considera la dignidad humana entre los principios fundamentales que el Estado reconoce; o bien, el artículo 23 de la Constitución de Ecuador y el 68 de la Constitución de Honduras, que reconocen el derecho fundamental a la integridad personal, prohibiendo todo comportamiento degradante para la persona; mientras el artículo 1o. de la Constitución de México prohíbe toda discriminación que atente contra la dignidad humana.

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

Apelar al valor absoluto de la dignidad humana puede influir tanto sobre el plano formal como sobre el sustancial.[42]

Antes que nada, el valor de la dignidad humana se traduce en el plano formal, en el vínculo a que las limitaciones de un derecho fundamental se produzcan en modo de incidir sobre el disfrute de éste en la menor medida posible, sin que se vanalice la propia existencia del derecho, comprimiéndolo en su contenido esencial. Precisamente en razón de su dignidad intrínseca, toda persona debe ser tratada *fairly by the law*, y sus derechos no pueden ser comprimidos "más allá de un límite": esto es, más allá de lo que es esencial e indispensable para ejercitar tal derecho.

Desde el punto de vista sustancial, tiene que considerarse además, que la dignidad humana no es de por sí un derecho, sino que constituye la base de los derechos reconocidos como fundamentales por las Constituciones. Esto significa que dignidad y derechos fundamentales de la persona no se en-

[42] Rolla, G., "El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2002, pp. 463 y ss.; Fernández, E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, 2001; Fernández Segado, F., *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, 1994; Landa, C., "Dignidad de la persona humana", *Cuestiones Constitucionales*, México, 2002, pp. 109 y ss.

cuentran en el mismo plano, con la consecuencia de que la dignidad representa un valor absoluto, que no puede ser tocado (la dignidad humana constituye un *minimum* invulnerable), mientras los segundos son limitables, regulables y en algunos casos —constitucionalmente previstos— pueden ser también temporalmente suprimidos.

En consecuencia, la regulación de los derechos fundamentales encuentra un límite en la absoluta necesidad de proteger el valor de la dignidad humana, en cuanto principio supremo, definitorio del carácter democrático de un ordenamiento constitucional.

Además, la referencia al valor primario de la dignidad humana puede responder a una importante función de interpretación y unificación.

En primer lugar, puede ser utilizada como criterio de interpretación de los derechos previstos en las cartas constitucionales, en el sentido de que llevan a enuclear entre las múltiples disposiciones constitucionales en materia de derechos, particulares perfiles de la personalidad humana que concurren a delinear el derecho de toda persona a la dignidad y al desarrollo de la propia personalidad. Según tal acepción, el valor de la dignidad se puede considerar un principio rector en consideración del cual, por ejemplo, una disposición susceptible de asumir diversos significados debe interpretarse en el sentido más conforme con el principio de dignidad, o bien, no puede ser legítimamente adoptada una interpretación contraria o en conflicto con tal valor.

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

VI. Cláusulas tendentes a favorecer el equilibrio entre derechos constitucionales

Una de las principales dificultades que se enfrentan al garantizar el efectivo disfrute de un derecho fundamental consiste en individualizar la regla

aplicable a un caso concreto: ello porque la idea histórica del juez en tanto que "boca de la ley" y la concepción del intérprete como mero ejecutor de la voluntad del legislador tienen mal encaje en la realidad actual.

En efecto, en los sistemas constitucionales contemporáneos resulta bastante improbable que la tutela de una posición subjetiva se realice utilizando una única disposición constitucional, haciendo referencia a un solo derecho, o interpretando una o más disposiciones homogéneas. Por lo general, para individualizar la norma aplicable se hace necesario realizar una ponderación: ya sea en el caso en que se deban sopesar varios derechos susceptibles de entrar en conflicto, o bien en una situación de concurrencia, siendo entonces necesario contemporizar el ejercicio de un derecho con la salvaguarda de un principio o valor constitucional.[43]

En estos casos se hace necesario un balance, que puede ser llevado a cabo, en cada ocasión, por el intérprete competente para solucionar el caso —*ad hoc balancing*— o bien realizado directamente por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales —*definitional balancing*—.

Tal actividad hermenéutica, por lo general, viene facilitada por la inserción en las Constituciones de cláusulas específicas que favorecen una conjugación equilibrada entre derechos constitucionales contrapuestos. Entre éstas, las más significativas son, sin duda, aquellas que aluden al principio de proporcionalidad, o bien a la tutela del contenido esencial de los derechos (artículo 112): se trata de cláusulas codificadas en algunas Constituciones europeas, prácticamente ausentes en las Constituciones de América Latina.

1. *El principio de proporcionalidad*

La constitucionalización del principio de proporcionalidad en materia de interpretación de los derechos fundamentales está presente, por ejemplo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo

[43] Existe concurrencia cuando la conducta de un determinado sujeto puede ser reconducida a una pluralidad de derechos garantizados —reunión y manifestación del pensamiento; asociación y libertad religiosa; manifestación del pensamiento e iniciativa económica, etcétera—; los conflictos se producen cuando el derecho de un sujeto debe ser comparado con los derechos de otros (por ejemplo, reserva y prensa, iniciativa económica y dignidad humana, huelga y salud o libertad de circulación) o bien con valores y principios de naturaleza general (derechos de libertad y seguridad, secreto de las comunicaciones y legalidad).

artículo 52 afirma que las limitaciones a los derechos fundamentales tan sólo pueden ser realizadas en el respeto del principio de proporcionalidad y allí donde sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de intereses generales reconocidos por la Unión o a la exigencia de proteger los derechos y libertades de otros.[44]

La misma cláusula está presente también en algunas Constituciones de los Estados adherentes a la Unión Europea. El artículo 25 de la Constitución griega afirma que las limitaciones de los derechos constitucionales deben respetar el principio de proporcionalidad; el artículo 18 de la Constitución portuguesa prevé que las restricciones de derechos, libertades y garantías deben "limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos". Igualmente, el artículo 12 de la Constitución sueca prohíbe que las limitaciones de los derechos y de las libertades fundamentales vayan "más allá de lo necesario por referencia al motivo que la ha provocado".

Tales disposiciones se apresuran a evitar que el disfrute de un derecho se produzca en una modalidad tal que comprima "más allá" los derechos ajenos, esto es, más allá de lo que es necesario e indispensable para ejercitar tal derecho.

Si se excluyen el artículo 18 de la Constitución portuguesa y el artículo 12 de la Constitución sueca —que precisan las operaciones lógicas que el intérprete debe acometer en sede interpretativa—, el resto de Constituciones se limitan a realizar un reenvío dinámico al principio de proporcionalidad, tal y como es entendido por la jurisprudencia. Compete, por tanto, a los jueces determinar el *test* sobre la base del cual evaluar la conformidad de las normas al principio de proporcionalidad; en ese momento, tales reglas deben encontrarse verificando *a*) la legitimidad de los fines por los cuales el derecho ha sido limitado; *b*) la subsistencia de una relación efectiva entre el contenido de la limitación y sus finalidades; *c)* el carácter de no irrazonable, arbitrario o inútilmente opresivo del límite, y *d)* la no anulación total del derecho.[45]

[44] Sobre esta cuestión se reenvía a Rolla, G., "La carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Considerazioni in merito alle tecniche di codificazione", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2005.

[45] A propósito del principio de proporcionalidad: Brage Camazano, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, pp. 215 y ss.; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

El principio de proporcionalidad asume, además, una relevancia particular en el ámbito del derecho penal: en aquellos ordenamientos en los que existen disposiciones constitucionales que prohíben que se inflijan penas desproporcionadas respecto del delito.

La especificidad de tales cláusulas consiste en la circunstancia, que en este caso no se discute, de la razonabilidad de la limitación de un derecho garantizado constitucionalmente, así como en la racionalidad (constitucionalidad) de penas desproporcionadas. En dicha situación se tiene en cuenta lo que la doctrina ha llamado *chilling effect*, es decir, el *efecto desaliento*.[46] En otros términos, se sancionan los efectos "colaterales" producidos por una pena desproporcionada, que pueden determinar —como ha sido sostenido por el Tribunal Constitucional español— a cusa de su severidad, un sacrificio no necesario y desproporcionado o un efecto de disuasión en el ejercicio de derechos fundamentales.[47]

2. *La garantía constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales*

Mayores dudas presentan, en cambio, desde la perspectiva de los cánones interpretativos, las cláusulas constitucionales que hacen referencia al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales: hasta el punto que una voz autorizada ha afirmado que apreciar si una limitación de un concreto derecho fundamental vulnera su esencia constituye a menudo una tarea tan hostil como la de descifrar un enigma.[48]

La apelación a la garantía del contenido esencial de los derechos se contiene, por lo general, en una cláusula constitucional específica. Ello ocurre, por ejemplo, en el artículo 53.1 de la Constitución española ("Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero sólo pueden ser limitados por ley y en el respeto de su contenido esencial"), en el artículo 19.2 de la Constitución alemana ("en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial"), en el artículo

46 Véase Domingo Pérez, T., "La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o «effecto desaliento»", *Revista de Estudios Políticos*, 2003, pp. 122, 141 y ss.

47 STC 110/2000.

48 Así Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, p. 69.

18. 3 de la Constitución portuguesa ("Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías… no pueden… disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de las previsiones constitucionales"), y en la Constitución húngara, en cuyo articulado se prohíbe la limitación de los derechos que menoscabe su significado y contenido esencial).[49]

Por su parte, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea opta por una solución diversa, en el sentido de que el principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial se encuentran insertos en el mismo artículo: las limitaciones del ejercicio de los derechos y libertades deben respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, además de ser diseñadas en el respeto del principio de proporcionalidad.

La formulación utilizada induce a pensar que la cláusula de respeto al contenido esencial de los derechos no representa un criterio interpretativo autónomo, sino uno de los perfiles de evaluación necesarios para respetar el principio de proporcionalidad. En otros términos, la garantía del contenido esencial sirve como contrapunto argumentativo y valorativo al juez, en el momento de considerar si una determinada regimentación legislativa es razonable y garantiza el derecho constitucionalmente tutelado.[50]

Por otra parte, la jurisprudencia ha precisado que la proporcionalidad requiere que las intervenciones sobre los derechos no sean desmesuradas o generen efectos intolerables tales que atenten contra la sustancia del derecho garantizado. [51]

También en algunos ordenamientos iberoamericanos —influenciados por la Constitución española y alemana— se recoge la teoría del contenido esencial de los derechos constitucionalmente reconocidos.

[49] En general, véase Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, 2003; Gavara de Cara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; Lorenzo Rodríguez, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Granada, 1996.

[50] Prieto Sanchíz, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y libertades*, 2000, p. 438.

[51] STJCE de 22 de octubre de 1991. Interesante resulta la sentencia núm. 43 del 24 de febrero de 1987 del Tribunal Constitucional de Chile, según la cual los derechos "pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización".

Es el caso, por ejemplo, de Chile y Colombia, donde los tribunales constitucionales han precisado que la disciplina, la limitación, e incluso la misma suspensión temporal de algunos derechos constitucionales no puede afectar

> ...el ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste, el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.[52]

Los derechos:

> ...pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización", viceversa, no pueden ser privados de lo que les es consustancial, de manera tal que deja de estar reconocido y se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban mas allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.[53]

VII. Modelos de justicia constitucional orientados a la tutela directa de los derechos fundamentales

Es indudable que el principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales venga ofrecido por los institutos de naturaleza procesal y jurisdiccional: en particular, por la justicia constitucional y el derecho procesal constitucional.

Es indudable, también, que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una significativa difusión de la justicia constitucional: un desarrollo que ha interesado en manera homogénea los diversos ordenamientos jurídicos, transformando los tribunales constitucionales en la institución más difusa en las Constituciones más recientes y más típica en el constitucionalismo del siglo pasado.[54]

52 Tribunal Constitucional de Colombia, sentencia C-033/1993.

53 Tribunal Constitucional de Chile, sentencia 43 del 24 de febrero 1987.

54 Sobre la evolución de la justicia constitucional en los nuevos ordenamientos constitucionales véase Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, 1998, pp. 39 y ss.; Lombardi G. (coord.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel dirit-*

El éxito de la justicia constitucional y la amplia circulación de sus modelos se debe, a nuestro parecer, a la naturaleza de las finalidades que persigue. En primer lugar, la justicia constitucional, de acuerdo con la teoría kelseniana de la corte constitucional como "legislador negativo", responde a la necesidad de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer una íntima coherencia, no sólo anulando las normas de ley contrarias a las de rango constitucional, sino también ejerciendo la función de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales, o bien, de unificación de los ordenamientos jurisprudenciales en orden a los diversos artículos de la Constitución.

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

Por último, según una importante definición doctrinal que califica las Cortes como "jueces de las libertades",[55] el proceso constitucional se considera comúnmente como la sede en la cual se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a

to comparato, Rimini, 1979; Luther J., Romboli R., Tarchi, R., *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, 2000; Fernández Rodríguez, Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XX*, Madrid, 2002; Mazza, M., *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Pádova, 1999; Verdussen, M. (dir.), *La justice constitutionnelle en Europe Centrale*, Bruselas, Bruylant, 1997; Bartole, S., *Modelli di giustizia costituzionale aconfronto: alcune recenti esperienze dell'Europa Centro-Orientale*, *Quaderni Constitución*, 1996, pp. 230 y ss; Rolla, G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986; Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996; Rubio Llorente, F., "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa", *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 161 y ss.; Olivetti M. y Groppi, T., *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, 2003; Cruz Villalón, P., *La formación del sis- tema europeo del control de constitutionalidad*, Madrid, 1987; Favoreu L. (coord.), *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994.

[55] Cappelletti, M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1950.

través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (o sea, los gobernantes) garantizando los derechos de los gobernados, se vigila con el fin de que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución. Se debe considerar que la justicia constitucional ha constituido la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales.[56]

1. *El juicio de amparo constitucional*

Precisamente tal finalidad ha favorecido —con el éxito de los sistemas de justicia constitucional— la progresiva difusión de los procedimientos principalmente orientados a asegurar una tutela directa de los derechos constitucionales. En este caso, la tarea principal de la justicia constitucional consistiría en salvaguardar al individuo en la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes, públicos y privados.

En dicho contexto, el modelo latinoamericano de justicia constitucional se evidencia en la introducción del juicio de amparo, como instrumento privilegiado de garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales.[57] Tal institución procesal puede clasificarse entre los casos más evidentes de circulación, "en sentido inverso" de modelos del nuevo al viejo continente: a causa de la evidente influencia que la experiencia latinoamericana del periodo independentista ha ejercido sobre algunas Constituciones europeas; y, por el contrario, de la influencia que la Constitución española de 1978 ha ejercido frente a las más recientes constituciones de América Latina.[58]

[56] Rolla, G., *Derechos fundamentales, Estado democratico y justicia constitucional*, Mexico, UNAM, 2002; *Idem*, "Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales", *Cuadernos Constitucionales*, 1, 2004, pp. 301 y ss.

[57] Sobre los sistemas de justicia constitucional introducidos en América Latina por el nuevo constitucionalismo véase: García Belaunde, D., Fernández Segado, F., *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; Ferrer Mac-Gregor, E., *Los tribunales constitucionales en Iberamérica*, México, 2002; Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en America Latina*, Montevideo, 2000, pp. 5 y ss.; Eguiguren Praeli, "Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.; Nogueira Alcalá, H., *Los Tribunales constitucionales de sudamérica a principios del siglo XXI*, Ius et Praxis, 2003, pp. 2, 59 y ss.

[58] *Cfr*. Fernández Segado, F., (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003.

Además, es interesante subrayar el desarrollo que —probablemente a causa de la influencia ejercida por el constitucionalismo alemán— los recursos directos de tutela de los derechos fundamentales han tenido en las Constituciones de la Europa oriental.[59]

En Polonia (artículo 79, constitucinal) está previsto el recurso directo de los ciudadanos frente a violaciones de los derechos y libertades fundamentales como consecuencia de medidas definitivas adoptadas por las autoridades administrativas o jurisdiccionales; quedan excluidas de los recursos las cuestiones concernientes al derecho de asilo y al estatuto de refugiado. El ordenamiento húngaro prevé el recurso directo por parte de cualquiera que sufra una violación de los propios derechos fundamentales, una vez agotados todos los remedios previstos por el ordenamiento. A su vez, Eslovaquia (artículo 127) atribuye el recurso directo a cualquiera que sufra una violación de los propios derechos fundamentales, siempre y cuando otro juez no pueda decidir sobre su tutela; mientras Eslovenia (artículos 160 y ss.) lo admite en caso de violación de los derechos por parte de específicos actos legislativos, administrativos y judiciales, por norma cuando todos los remedios han sido ya agotados, en vía excepcional incluso antes, si la violación es manifiesta y el retraso puede determinar al recurrente perjuicios irreparables.

Sin embargo, el recurso de amparo latinoamericano se diferencia de experiencias europeas similares por una tendencia general a no graduar las formas de tutela de los derechos con relación a su naturaleza o clasificación: todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales deben considerarse igualmente garantizados y susceptibles —excepto en la Constitución de Guatemala— de ser tutelados jurisdiccionalmente en forma directa trámite el juicio de amparo.

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

[59] *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, 2000, pp. 452 y ss.; Misto' M., "La giustizia costituzionale nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale", en Olivetti, M. y Groppi T., *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, 2003, pp. 283 y ss.; Vergottini, G. de (coord.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Turín, 2000; Mazza, M., *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Pádova, 1999; Verdussen, M. (coord.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruselas, 1997.

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

Si el juicio de amparo afonda su origen en el primer constitucionalismo latinoamericano, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se caracteriza por la presencia en los documentos constitucionales, de una institución procesal que la doctrina ha calificado como amparo interamericano, como amparo internacional o bien como *Bill of rights* transnacional.[60] En este caso el recurso se presenta cuando las violaciones a los derechos humanos no pueden ser sanadas por medio de las instituciones procesales previstas por el derecho interno, y entonces se recurre a la jurisdicción internacional de derechos humanos.

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

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

2. *La acción de inconstitucionalidad por omisión*

Otra institución, típica de la justicia constitucional latinoamericana introducida con el fin de mejorar la garantía de los derechos fundamentales

[60] Cappeletti, M., *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, 1992, pp. 45 y ss.; Gimeno Sendra, V. y José Galeni, L. L., *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, pp. 237 y ss.

de la persona es la acción de inconstitucionalidad por omisión, gracias a la cual las normas contenidas en el texto de la Constitución deben encontrar aplicación igualmente en el caso de inercia total o parcial del legislador.[61] La inconstitucionalidad por omisión puede activarse respecto al legislador cuando "el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata pues de un simple no hacer negativo, sino de no hacer lo que de forma concreta y explicita estaba obligado constitucionalmente".[62]

Dicha institución procesal, moviéndose alrededor del norteamericano *writ of mandamus*, reconoce al ciudadano que se considere lesionado en un derecho constitucional a causa de la inercia de los poderes públicos, la posibilidad de recurrir al magistrado —en general la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional—, para que éste, reconociendo la necesidad de una intervención pública para lograr el goce de un derecho de prestación, ordene a la administración a proveer y al legislador a normar.

En general, el juez puede remediar una omisión en forma unilateral, al tramitar una sentencia interpretativa, la actuación directa de la prescripción constitucional en sede pretoria, o el recurso al ordenamiento internacional, o bien, en forma bilateral, a través de una colaboración entre el tribunal y la autoridad que dio lugar a la conducta omisiva, la indicación de un término en el que debe legilarse, o recomendaciones al legislador.

La acción de inconstitucionalidad por omisión está prevista, por ejemplo, en Costa Rica, y precisamente en virtud del artículo 73, párrafo f, de la Ley sobre la Jurisdicción Constitucional núm. 7315 de 18 de octubre de 1989. El control puede activarse de oficio por el contralor general de la República, por el fiscal general de la República y por el defensor de los habitantes. Para que se pueda recurrir a la Sala Constitucional debe existir previamente un contencioso ante los órganos jurisdiccionales ordinarios y administrativos, a menos que la naturaleza de la lesión no produzca efectos individuales y directos, o que se trate de intereses difusos o que interesen a la comunidad en su conjunto.

En Argentina, tal competencia está codificada en la Constitución de la Provincia de Río Negro en Patagonia a través de la combinación dispuesta

61 Véase Villaverde, M., *La incostitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; Fernández Rodríguez, J. J., *La incostitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; Bazán, V. (coord.), *Incostitucionalidad por omisión*, Bogotá, 1997; Demirzary Peredo, P., "La incostitucionalidad por omisión", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 63 y ss.

62 *Cfr*. Fernández Rodríguez, J., *Ibidem*, p. 77.

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

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

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

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