

# LA TUTELA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Por GIANCARLO ROLLA\*

## SUMARIO

1. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LAS RECIENTES CODIFICACIONES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—2. INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA REFORZAR LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—3. HACIA LA PROGRESIVA CONVERGENCIA DE MODELOS ORIGINALMENTE CONTRAPUESTOS.—4. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ORIENTADOS A LA TUTELA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—5. EL AMPARO INTERAMERICANO Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.—6. INSTITUTOS PROCESALES, TÉCNICAS Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN QUE FAVORECEN, EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL, UNA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

## ABSTRACT

In the current constitutionalism, the Constitutional Courts are considered «judges of liberty» and in this context Latin America is an actual workshop of peculiar systems of judicial review. In Europe the judicial review is the most important way of constitutional guarantee but in Latin America there are other instruments aimed at the warranty of fundamental rights, for instance the *recurso de amparo* but even other instruments like the *internacional amparo* and the unconstitutionality caused by neglect (omission).

*Key words:* *Amparo* appeals, protection of fundamental rights, constitutional justice's systems.

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Génova, Italia.

## RESUMEN

En el constitucionalismo contemporáneo, los Tribunales constitucionales se cualifican como «jueces de las libertades» y, en este contexto, América Latina constituye un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional. Si en Europa sobresale la experiencia de la cuestión, el modelo latinoamericano de justicia constitucional se evidencia no sólo en la introducción del juicio de amparo como instrumento privilegiado de garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales, sino también en otras instituciones procesales como el amparo internacional y la inconstitucionalidad por omisión.

*Palabras clave:* Recursos de amparo, tutela de los derechos fundamentales, sistemas de justicia constitucional.

#### 1. 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 constitucionales diferentes, como las de los Estados de Europa Central y Oriental, y las recientes Constituciones de América Latina<sup>1</sup>.

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 his-

<sup>1</sup> En general, sobre las transiciones constitucionales: G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002; L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2003; S. GAMBINO (cur.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, 2003; AA.VV., *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004. Para referencias más amplias relativas a las codificaciones de los derechos fundamentales, véase: G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democratico y justicia constitucional*, México, 2002, pp. 33 ss.

toria constitucional y política del continente europeo y latinoamericano, 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 substancial.

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 Latina— por la búsqueda de acuerdos políticos encaminados a legitimar las decisiones constituyentes<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> 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 Martí» en 1991; el «Pacto de los Olivos» en Argentina, celebrado en 1993 entre los Presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del peronismo y del radicalismo, Carlos Menem y Raúl Alfonsín, 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 características de nuevo constitucionalismo latinoamericano: D. VALADÉS, «El nuevo constitucionalismo iberoamericano», en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1998, 471 ss.

Sobre las transiciones constitucionales en América Latina, véase, si bien limitándose a la doctrina italiana: L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino, 2000; E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002; M. CARDUCCI (cur.), *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie — Africa e America Latina*, Milano, 1998.

<sup>3</sup> G. ROLLA, «Il diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici», en G. ROLLA (cur.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, 4 ss.

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 art. 1 de la Const. de Perú y el art. 59 de la Const. 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 humano es inviolable».

Por lo que se refiere a las recientes Cartas Constitucionales de la Europa Oriental baste recordar la Constitución de Polonia, cuyo art. 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 (art. 1 Const. Alemana; art. 2 Const. Italiana; art. 10 Const. 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 art. 1 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 art. 2 de la Const. 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 (art. 2 Portugal es un Estado de derecho democrático), en España (art. 11 España se constituye en un Estado social y democrático de derecho), Alemania (art. 20. La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social), en Polonia (art. 2 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 arts. 1 y 138 de la Const., 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 art. 1 de la Const. (Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo)<sup>4</sup>.

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»<sup>5</sup>.

Además las Constituciones propias del Estado democrático y social, aún 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<sup>6</sup>.

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 proyec-

<sup>4</sup> Véase G. ROLLA, *L'organizzazione costituzionale dello Stato*, Milano, 2005, pp. 146 ss. G. MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno: la legge fondamentale di Bonn comparata con le costituzioni francese e italiana*, Milano, 1966; L. LANZONI, «Problemi e tecniche della sospensione dei diritti fondamentali: recenti tendenze in prospettiva comparata», en *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, 1083 ss.

<sup>5</sup> STC 25/81.

<sup>6</sup> Ulteriores consideraciones sobre el particular en G. ROLLA, *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano, 2002, 3 ss.

ción 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 las instituciones y deben estar en condiciones de recavar 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 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 (art. II. 80), en la prohibición de discriminación (art. II. 81), en el respeto de la diversidad (art. 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).

## 2. 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, que pueden ser tanto institucionales, como jurisdiccionales.

Los primeros son encaminados esencialmente a los principios propios del Estado constitucional de derecho, como la supremacía normativa de la Constitución, el principio de legalidad, la reserva de ley, la separación de poderes, la autonomía de la magistratura. Pero 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<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Sobre la evolución de la justicia constitucional en los nuevos ordenamientos constitucionales, véase: L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino,

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 rol arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de separación de poderes, entendido tanto en su proyección horizontal como vertical. Gracias a la presencia de los Tribunales Constitucionales los conflictos que surgen entre los poderes y entre los diversos niveles institucionales están canalizados al interno de procedimientos jurisdiccionales en lugar de encontrar una solución de carácter meramente político.

Por último, según una importante definición doctrinal que califica las Cortes como «jueces de las libertades»<sup>8</sup>, el proceso constitucional se considera comúnmente como la sede en la cual se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (osea los gobernantes) garantizando los derechos de los gobernados, se vigila con el fin de que las decisiones públicas no vulneren las libertades garan-

1998, 39 ss.; G. LOMBARDI (cur.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, 1979; J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000; J. JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XX*, Madrid, 2002; M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999; M. VERDUSSEN (dir.), *La Justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant, Bruxelles, 1997; S. BARTOLE, «Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale», *Quaderni cost.*, 1996, 230 ss.; G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996; ÍDEM, «La diversité de la justice constitutionnelle en europe», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 9, Madrid, 2005, 89 ss.; F. RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, 161 ss.; M. OLIVETTI-T. GROPPi, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad*, Madrid, 1987; L. FAVOREU (coord.), *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994.

<sup>8</sup> M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1950.

tizadas 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<sup>9</sup>.

Se admite de forma general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial; como también se admite normalmente que los derechos de la persona se asocien a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales —es decir, verdaderos y propios derechos, normas objetivas de rango supremo— si su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y judicial, sino también para el legislador.

Por otra parte, no se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona; además, las decisiones principales de los tribunales constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de derecho y de la costumbre. Como se ha afirmado, «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y escrita ... sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales»<sup>10</sup>.

En este contexto, el proceso constitucional representa la sede en la cual el ciudadano está garantizado por la Constitución a través de órganos y procedimientos específicos<sup>11</sup>.

### 3. HACIA LA PROGRESIVA CONVERGENCIA DE MODELOS ORIGINALMENTE CONTRAPUESTOS

En el pasado, los diversos sistemas de justicia constitucional han sido ordenados en base de múltiples esquemas clasificadores, de naturaleza preponderantemente dual.

En relación a la determinación del órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes y de los demás actos que poseen

<sup>9</sup> G. ROLLA, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Unam, México, 2002; ÍDEM, «Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales», en *Cuadernos constitucionales*, 1, 2004, 301 ss.

<sup>10</sup> Así: L. PALADIN, «La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici», en L. CARLASSARE (cur.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 11.

<sup>11</sup> Cfr. G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1988, 45 ss.

fuerza de ley se ha distinguido entre sistemas difusos y centralizados. En los primeros el control es ejercido por cualquier juez el cual, utilizando en la resolución de una concreta controversia jurídica los poderes interpretativos ordinarios, puede no aplicar las normas que considera viciadas por ilegitimidad constitucional. Son, en cambio, centralizadas aquellas formas de justicia constitucional que reservan tal control a un órgano único, sea éste interno (como en el caso de las Cortes Supremas) o externo (como en la hipótesis de los Tribunales constitucionales) al orden judicial.

Considerando el momento en el cual el control de constitucionalidad puede ser ejercido, se ha diferenciado entre control sucesivo o preventivo. En el segundo caso, la verificación se opera antes de la promulgación y en la entrada en vigencia de la ley; en la primera hipótesis, en cambio, el juez constitucional se pronuncia acerca de la conformidad en Constitución de normas ya ejecutivas y aplicables.

La distinción fundamental entre control concreto y abstracto —a su vez— considera las modalidades previstas para activar el procedimiento de control. La primera hipótesis está simbolizada por los sistemas de *judicial review*, en el cual el control es llevado a cabo por el juez en el momento de resolver una controversia determinada. El control abstracto permite, en cambio, valorar la conformidad a la Constitución de una norma de ley independientemente de la subsistencia de un contencioso judicial.

Las clasificaciones contrapuestas que hemos recordado anteriormente se pueden hacer remontar, a su vez, a dos modelos fundamentales: el de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y el austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Tal contraposición —como ha sido ampliamente reconstruida por la doctrina—<sup>12</sup> se funda en el hecho que en el primero solamente el juez constitucional es competente para declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma de ley, mientras que en el segundo cualquier juez puede decidir si una norma determinada no debe ser aplicada por ser considerada en contraste con el texto de la Constitución. Más en particular, la *judicial review* se caracteriza como control difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, en cambio, asume el carácter de un control de constitucionalidad centralizado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*. Tal bipartición posee una indudable relevancia histórica y didáctica; sin embargo, no parece —hoy día— capaz de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos países, los cuales terminaron combinando elementos propios de los dos modelos, determinando varias formas de contaminación<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bologna, 2003.

<sup>13</sup> Cfr. G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, 40 ss.

Sobre este tema, se ha hablado de «mezcla» de modelos, o sea de experiencias que se distinguen por la presencia tanto de institutos propios del control concreto como del abstracto. Como se ha afirmado eficazmente «tras la impetuosa expansión del constitucionalismo y de la forma de Estado Liberal democrática, las maneras de hacer justicia constitucional se mezclaron y complicaron aún más»: por lo cual se excluye la perdurable homogeneidad del sistema preventivo de constitucionalidad francesa, en los ordenamientos nos encontramos en presencia de sistemas mixtos y de mezclas de sistemas<sup>14</sup>.

Formas mixtas de justicia constitucional se tienen, luego, en muchos ordenamientos constitucionales de Europa oriental, donde conviven formas de control sucesivo (incidental) o con formas de control preventivo, a causa de la influencia del modelo francés (como en el caso de Rumania, Polonia, Hungría, Bulgaria y Rusia)<sup>15</sup>.

A su vez, América Latina constituye «un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional»: en algunos países coexiste el control concentrado ante un Tribunal Constitucional con el control difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), el control sucesivo con el preventivo (Bolivia, Colombia), el control preventivo del Tribunal Constitucional con el sucesivo de la Corte Suprema de Justicia (Chile), controles de constitucionalidad y recursos de amparo<sup>16</sup>.

La experiencia comparada, además, pone en evidencia el desarrollo de dinámicas que interesan a los dos modelos principales de justicia constitucional, haciendo evolucionar los diversos sistemas hacia resultados convergentes. Por un lado, los sistemas «centralizados» parecieran abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*, como lo evidencia la realidad del reciente constitucionalismo ibero-americano, que algunos autores han definido «difuso-concentrada»<sup>17</sup>, por el otro lado, los sistemas «difusos» registran una tendencia de las Cortes Supremas a monopolizar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de centralización sustancial<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, 27.

<sup>15</sup> En general, sobre las experiencias europeas de justicia constitucional: J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI, *Esperienz ed giustizia costituzionale*, Torino, 2000; D. ROUSSEAU, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002; J. JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, 2002; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad*, Madrid, 1987; M. OLIVETTI-T. GROPPA, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003.

<sup>16</sup> Véase D. GARCÍA BELAUNDE-F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2002.

<sup>17</sup> Así D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2002, 129 ss.

<sup>18</sup> L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, cit., 55.

En otros términos, se es de la opinión que clasificaciones rígidas basadas en las características de los institutos e instrumentos procesales estén perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. También por esta razón sectores competentes de la doctrina prefieren introducir clasificaciones inspiradas en las finalidades propias del proceso constitucional. Fernández Segado sugiere distinguir entre control de constitucionalidad de la ley y control con ocasión de la aplicación de la ley<sup>19</sup>, a su vez, Rubio Llorente distingue entre sistemas basados en las leyes y sistemas orientados en los derechos<sup>20</sup>, mientras que Fromont diferencia entre procesos que se inspiran en una lógica subjetiva y concreta y otros que se inspiran en una lógica objetiva y abstracta<sup>21</sup>.

#### 4. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ORIENTADOS A LA TUTELA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En efecto, tomando en cuenta el nexo particular que une a la justicia constitucional con la garantía de los derechos fundamentales, puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la clasificación tradicional entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes, y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es el de defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no solo una defensa objetiva de la Constitución.

En general, se incluyen dentro de tal categoría (sistemas centrados en la defensa de los derechos): a) los sistemas de *judicial review*, b) aquellos que prevén recursos de amparo, c) los procesos constitucionales activados en base a una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que los diferencia en su interior es el hecho que la tutela de los derechos fundamentales de la persona pueda ser directa o bien indirecta.

Se incluyen en la primera categoría los sistemas que prevén formas de recurso individual y directo contra lesiones de los derechos por parte de poderes públicos o privados<sup>22</sup>. Por el contrario, se incluyen dentro de

<sup>19</sup> Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, cit., 106 ss.

<sup>20</sup> F. RUBIO LLORENTE, «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, 1998, 161 ss.

<sup>21</sup> M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, París, 1996.

<sup>22</sup> Sobre la protección directa de los derechos fundamentales en América latina: D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001; R. HERNÁNDEZ VALLE,

los sistemas en que la tutela de los derechos opera solamente en vía indirecta, aquellas formas de justicia constitucional que alcanzan una salvaguardia sustancial de los derechos concretamente lesionados en virtud de formas de control concreto de constitucionalidad, o de la relación particular que se instaura, en virtud de las cuestiones de legitimidad constitucional, entre juicio de constitucionalidad de las leyes y proceso que ha ocasionado el juicio del juez constitucional. Es el caso, por ejemplo, de los ordenamientos que configuran el proceso constitucional como incidente perjudicial que surge en el interior de un proceso: en este caso, el instituto procesal de la «perjudicialidad» permite, de hecho, combinar la técnica del control de tipo norteamericano con la técnica del control concentrado.

Los procedimientos constitucionales dirigidos a asegurar una tutela directa de los derechos de la persona se están difundiendo ampliamente. En América Latina dicha forma de tutela ha tenido un desarrollo particular: en particular son de gran interés las experiencias de l'amparo constitucional, de l'amparo interamericano, de la acción de inconstitucionalidad por omisión.

La finalidad de asegurar una tutela directa de los derechos de la persona 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 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<sup>23</sup>. Tal institución procesal puede clasificarse entre los casos mas evidentes de circulación «en sentido inverso» de modelos del nuevo al viejo continente: a causa de la evidente influencia que la experiencia latinoamericana 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<sup>24</sup>.

---

*Derecho procesal constitucional*, San José, 2001, 151 ss.; E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, 2002.

<sup>23</sup> Sobre los sistemas de justicia constitucional introducidos en América Latina por el nuevo constitucionalismo, véase: D. GARCÍA BELAUNDE-F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2002; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América latina*, Montevideo, 2000, 5 ss.; F. EGUIGUREN PRAELI, «Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2000, 43 ss.; H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Los Tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI*, Ius et Praxis, 2003, 2, 59 ss.

<sup>24</sup> Cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO (cur.), *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<sup>25</sup>.

En Polonia (art. 79 Const.) 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 (art. 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 (art. 160 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 en relación a su naturaleza o clasificación: todos los derechos positivizados en las cartas constitucionales deben considerarse igualmente garantizados y susceptibles —excepto en la Constitución de Guatemala— de ser tutelados jurisdiccionalmente en forma directa trámite el juicio de amparo.

Tal solución es interesante porque se diferencia de lo previsto en Europa por los ordenamientos constitucionales que prevén un recurso directo de constitucionalidad para la defensa de los derechos. En España,

---

Sobre las características de los recursos de amparo en América Latina, véase: V. GIMENO SENDRA-L. L. JOSÉ GALENI, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, 237 ss.; E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, 2002, 61; D. GARCÍA BELAUNDE, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001; R. HERNÁNDEZ VALLE, *Derecho procesal constitucional*, San José, 2001, 151 ss.; AA.VV., *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, 2005.

<sup>25</sup> AA.VV., *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 452 ss.; M. MISTO, «La giustizia costituzionale nei Paesi dell'europa centro-orientale», en M. OLIVETTI-T.GROPPI, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, pp. 283 ss.; G. DE VERGOTTINI (cur.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Torino, 2000; M. MAZZA, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999; M. VERDUSSEN (cur.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruxelles, 1997.

Para la introducción del sistema en Italia: C. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, 2003.

por ejemplo, el artículo 53 de la Constitución, no da la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional para la salvaguarda de todos los derechos constitucionales, sino sólo los contenidos en el artículo 14, sección I del capítulo segundo; a su vez en Alemania, el artículo 93 de la Constitución limita los recursos de constitucionalidad a los casos de lesión de un derecho fundamental o de uno de los derechos garantizados en los artículos 20,4, 33, 38, 101, 103, y 104 constitucionales

Más allá de la terminología que se utiliza de forma variada —*habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *amparo*, *acción de tutela*—, dichas instituciones de garantía constitucional de los derechos pueden ser clasificadas desde un doble punto de vista.

Si se parte de la naturaleza de los derechos justiciables ante el Tribunal Constitucional, se puede distinguir entre instrumentos de garantía general o sectorial.

La experiencia más extendida y significativa del segundo tipo, la constituye la institución del *habeas corpus*, que consiente impugnar cualquier determinación arbitraria e ilegal de los poderes públicos susceptible de incidir en la libertad personal, así como en las libertades de circulación y estancia.

En otros casos, las instituciones de tutela jurisdiccional se toman en consideración sobre la base de los sujetos, accionándose el recurso en las relaciones entre éstos. Se pueden distinguir, fundamentalmente entre ordenamientos que admiten el recurso sólo en las relaciones entre los poderes públicos, y ordenamientos que permiten recurrir también contra los particulares.

En el primer supuesto, las constituciones han optado por formulaciones genéricas, admitiendo los recursos en todos los casos en que la presunta violación provenga de los poderes públicos. En España, según el art. 41 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional.

Formulaciones similares se encuentran también en la Ley de Procedimientos Constitucionales en El Salvador (art. 12), en la Constitución de Panamá (art. 50), en la Constitución de Bolivia (art. 120), en la Ley de Amparo de Guatemala (art. 9).

Los ordenamientos que admiten el recurso contra actos de los particulares que lesionan derechos garantizados constitucionalmente, introducen, en general, límites concretos. Por ejemplo, la Ley de Amparo de Costa Rica admite el recurso de amparo contra particulares cuando confluyen cuatro hipótesis: a) el privado actúa o debe actuar en ejercicio de

funciones o potestades públicas; b) cuando el particular se encuentra en una situación de poder respecto del recurrente; c) cuando el particular se encuentra, por razones de hecho, en una clara situación de poder; d) cuando los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

Podemos traer a colación otros ejemplos significativos: en Argentina, el recurso de *habeas data* puede elevarse contra particulares los cuales promuevan informes, y los susceptibles de generar información. En Brasil, el *mandado de segurança* se puede accionar sólo en el caso de particulares que ejerzan funciones públicas; en Guatemala el amparo puede presentarse contra las entidades en las que se debe ingresar por mandato legal y otras reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.

Mientras, en Colombia, la ley enumera taxativamente los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares, concretándose en los casos de: a) ejercicio de cualquier servicio o función pública; b) organización privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; c) contra quien que viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; d) cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; e) para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

##### 5. EL AMPARO INTERAMERICANO Y LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

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<sup>26</sup>. 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

<sup>26</sup> M. CAPPELLETTI, *Dimensione de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, 1992, 45 ss.; V. GIMENO SENDRA-L. L. JOSÉ GALENI, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, 237 ss.

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 estas 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.

Se trata de un fenómeno importante, presente en Europa como en América Latina, que se vincula a la tendencia de insertar en las Cartas constitucionales 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<sup>27</sup>.

En Europa se puede recordar el art. 16 de la Const. 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 art. 10.2 de la Const. 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 art. 11 de la Const. eslovaca y el art. 10 de la Const. 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

---

<sup>27</sup> Véase, sobre las cláusulas de apertura al ordenamiento internacional: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, 1999; H. ESPIELL, «El derecho internacional en la jurisdicción constitucional», en AA.VV., *La jurisdicción constitucional*, San José, 1993, 61 ss.; H. FIX ZAMUDIO, «El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos», en AA.VV., *The modern world of human rights*, San José, 1996, 159 ss.; L. P. MORA MORA, «El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense», en AA.VV., *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, 1996, 67 ss.

ejemplo, del art. 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 art. 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 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 5 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 7 de la Constitución de Costa Rica, al artículo 5 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 internacionales; 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»<sup>28</sup>.

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

<sup>28</sup> Sentencia 20312-95.

jurisprudencia a la luz de una guía para la interpretación de las disposiciones de la Constitución<sup>29</sup>.

La influencia de la normativa y de la jurisprudencia supranacional sobre los ordenamientos nacionales genera un verdadero bloque de constitucionalidad, y alimenta una tendencia constitucional de particular interés, 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<sup>30</sup>.

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».

Otra institución, típica de la justicia constitucional latinoamericana introducida con el fin de mejorar la garantía de los derechos fundamentales de la persona es la acción de inconstitucionalidad por omisión, gracias

<sup>29</sup> Véase C. PIZZOLO, *Los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistía. El caso argentino y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia*, ponencias desarrolladas en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa, 2005, pp. 113 ss.; ÍDEM, «Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso “Simón”», *La Ley*, 25 de julio de 2005, 7 ss.

<sup>30</sup> G. ROLLA, «Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali», en *Quaderni costituzionali*, 1997, 419 ss.

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<sup>31</sup>. 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 explícita estaba obligado constitucionalmente<sup>32</sup>.

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

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

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

En Argentina, tal competencia está codificada en la Constitución de la Provincia de Río Negro en Patagonia a través de la combinación dispuesta en el artículo 14 (que afirma la directa operatividad de los derechos y de las garantías enumeradas en la Constitución) y del artículo 207.2.d. (que atribuye al Superior Tribunal de Justicia la competencia para intervenir en caso de falta de cumplimiento de una norma de la que derivan obligaciones concretas a cargo de los poderes públicos): el ordenamiento

<sup>31</sup> Véase M. VILLAVERDE, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; V. BAZÁN (cur.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, 1997; P. DEMIRZARY PEREDO, «La inconstitucionalidad por omisión», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, 63 ss.

<sup>32</sup> Cfr. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, cit., 77.

argentino prevé que el Tribunal, declare la omisión e integre el orden normativo violado a causa de la misma. En caso de ulterior inactividad por parte de los poderes públicos, se reconoce una indemnización.

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

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

## 6. INSTITUTOS PROCESALES, TÉCNICAS Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN QUE FAVORECEN, EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL, UNA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Tribunales constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permiten modificar la praxis anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales.

Esta flexibilidad del proceso constitucional —que ha inducido a evidenciar su carácter necesariamente político— halla una justificación en la especificidad del juicio constitucional y en la diversidad de las funciones que éste persigue<sup>33</sup>. En un proceso orientado en la tutela de los derechos

<sup>33</sup> Sin embargo, la naturaleza sustancialmente jurisdiccional del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes no parece «incógnita» cuando se considera que: a) el control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de

fundamentales, los requisitos procesales no se deben transformar en formalismos procesales, así como la acción de necesario «filtro» que —en los juicios en vía incidental— tiene que ejercer el juez *a quo* no se debe transformar en una barrera sustancial.

En otros términos, el derecho procesal constitucional tiene que asegurar una armoniosa combinación entre seguridad y flexibilidad al interpretar y aplicar los institutos procesales. Es también gracias a esta discrecionalidad según los procesos, que los Tribunales constitucionales pueden valorizar el carácter subjetivo y concreto del juicio de constitucionalidad en vía incidental.

Con el fin de asegurar una tutela efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución, parecen relevantes la utilización de algunos institutos procesales y así mismo el recurso a particulares técnicas interpretativas. En primer lugar, asume relevancia la manera con la cual los Tribunales constitucionales determinan concretamente a los sujetos habilitados a presentar una cuestión de constitucionalidad en vía incidental. Hay que estar atentos a que un posible límite del sistema se pueda constituir por la dificultad de caracterizar, en determinados hechos específicos, a un juez capaz de presentar una cuestión de legitimidad constitucional.

Solamente así el filtro representado por la cuestión perjudicial no se transforma en un obstáculo indeseado al control de constitucionalidad, no representa un obstáculo irrazonable a la posibilidad de someter una norma de ley al examen de la Corte. A través de una interpretación extensiva de las disposiciones sobre el procedimiento, los Tribunales constitucionales intentan hacer que el individuo que se considera lesionado en un derecho constitucionalmente garantizado, pueda tener un juez a quien dirigirse. Esta exigencia es particularmente fuerte en los casos en que la lesión de un derecho afecte a individuos que se encuentran a menudo al margen del ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, los encarcelados o los extranjeros.

En segundo lugar, la concreción del juicio constitucional es favorecida por las disposiciones procesales según la relevancia y los poderes del juez *a quo* al configurar la cuestión de legitimidad constitucional. La obligación de motivar la relevancia —o sea de demostrar que el juicio en el cual está comprometido no puede definirse independientemente de la duda de constitucionalidad— induce al juez *a quo* a solicitar al juez constitucional la anulación no de «una» norma que considera abstractamente contraria a la Constitución, sino «de la» norma que tiene que aplicar efectivamente en el proceso<sup>34</sup>.

imparcialidad y de profesionalidad muy remarcados; b) tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso; c) se concluye con una decisión admitida utilizando las técnicas propias del método jurídico.

<sup>34</sup> En tema de relevancia en el proceso constitucional: F. PIZZETTI-G. ZAGREBELSKY,

La propensión de los Tribunales constitucionales en calificar el proceso constitucional en vía incidental no solo en términos de resolución de una duda de constitucionalidad, sino también como instrumento para eliminar del ordenamiento una norma cuya aplicación determinaría la lesión de un derecho fundamental de la persona, surge también del uso que otros institutos procesales le han dado.

Me refiero, en primer lugar, al creciente recurso por parte del juez constitucional a actividades instructorias: o sea, al incremento de la tendencia a recurrir, antes que asumir una decisión, a los poderes instructorios que la normativa determina. De tal manera, el juez constitucional puede apreciar mejor ya sea los términos efectivos del contencioso o de la cuestión que ha originado la duda de constitucionalidad, o bien los efectos prácticos originados por la sentencia, su impacto sobre la funcionalidad del ordenamiento o sobre el juicio *a quo*<sup>35</sup>.

La concreción del juicio de constitucionalidad en vía incidental puede ser facilitada también por la utilización por parte de los jueces constitucionales de particulares técnicas de interpretación del dictado constitucional: entre las cuales se distinguen las sentencias de tipo interpretativo y el recurso a la noción de «derecho vivo».

La demanda de justicia que se encuentra en la base de los procesos y que es filtrada por el juez *a quo* se funda en el supuesto que las exigencias de justicia que deben ser aseguradas en el caso concreto no pueden satisfacerse sin eliminar del ordenamiento una determinada disposición o bien una posible interpretación.

Es intuitivo que los sistemas en vía incidental funcionan excelentemente donde se logra instaurar una «relación comunicativa» entre los dos jueces comprometidos en el proceso: el juez común (*juez a quo*) y el juez constitucional (*juez ad quem*)<sup>36</sup>. El diálogo es alimentado por el hecho que tales individuos intervienen en el proceso, haciéndose portadores de instancias diferentes, pero concomitantes. Las finalidades perseguidas no coinciden, a partir del momento en que, por un lado, el Tribunal constitucional se propone hacer el ordenamiento jurídico homogéneo a los valores y a los derechos codificados en las cartas constitucionales; mientras que, por el otro lado, los jueces están interesados en remover aque-

“Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nell’instaurazione incidentale del giudizio delle leggi, Milano, 1974; S. GARCÍA COUSO, *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, 1998.

<sup>35</sup> Cfr. T. GROPPI, *Il poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>36</sup> Cfr. A. GARDINO, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Milano, 1988; V. ONIDA, *L’attuazione della Costituzione tra magistratura Corte costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977; AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990.

llas normas cuya aplicación impediría resolver según la justicia el caso objeto de juicio.

Sin embargo, tal diversidad de objetivos no impide que entre juez constitucional y jueces comunes se instaure una relación de colaboración. En efecto, el Tribunal constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma de ley solamente si el proceso es activado por un juez en el curso de un juicio; a su vez, el juez puede no aplicar una norma lesiva de posiciones subjetivas constitucionalmente garantizadas solamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal constitucional.

La comunicación entre quien inicia el proceso y quien lo concluye se da en varios planos.

Por un lado, los principios del derecho y la interpretación de las normas constitucionales suministrada por el Tribunal constitucional —sin representar en sentido estricto un precedente— adquiere valor vinculante para los jueces que deben aplicar directamente la Constitución o decidir sobre la aplicación de los actos carentes de fuerza de ley<sup>37</sup>. Por otro lado, el acto de resolver una cuestión de constitucionalidad, el Tribunal constitucional tiende a valorar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado que resulta de su operatividad concreta en el sistema jurídico. Se refiere, en otras palabras, al derecho vivo, el cual se origina, en particular, de la interpretación y de la aplicación que de él han hecho los jueces comunes, en particular el Tribunal Supremo<sup>38</sup>.

La referencia a la norma como vive y opera concretamente en el tiempo, constituye una evidente crítica a las posiciones originaristas, las cuales ligan la interpretación de las disposiciones constitucionales al significado atribuido por los constituyentes, sin considerar que los jueces constitucionales no son el guardián de un museo: los jueces constitucionales aplican en la actualidad las disposiciones constitucionales sin limitarse a su interpretación original, sino actualizándolos atendiendo a los cambios sociales, políticos, económicos e ideológicos.

Además, el diálogo entre los «dos jueces» está alimentado por la circunstancia que los jueces poseen algunos márgenes de discrecionalidad antes de plantear la cuestión de constitucionalidad. Por ejemplo, el juez puede buscar, entre las posibles interpretaciones, aquella conforme a la

<sup>37</sup> G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, cit., 278 ss.; A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995; CALVO GARCÍA, *El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español. De la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Zaragoza, 1985, 309 ss.

<sup>38</sup> Cfr. A. ANZON, «La Corte costituzionale e il diritto vivente», *Giur. cost.*, 1984, pp. 300 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

Constitución, evitando plantear la cuestión ante la Corte constitucional: operando de esta manera utiliza las normas constitucionales como cánones legales de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente y puede llegar a tal resultado haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal constitucional.

A su vez, el juez constitucional puede solicitar al juez *a quo* interpretar una disposición de ley de manera conforme a la constitución adoptando una ordenanza o una sentencia. En el primer caso, considera la cuestión inadmisibles en cuanto a que el juez *a quo* puede autónomamente resolver el proceso ya que es posible atribuir a la disposición que debe aplicar un significado conforme a la Constitución. Luego, en la segunda hipótesis, el juez constitucional concluye el proceso constitucional con una sentencia interpretativa desestimatoria. En tal caso, el juez constitucional declara la cuestión no fundada, por lo que a la disposición impugnada se le puede atribuir un significado normativo diferente de aquel recabado por el juez, pero conforme a la Constitución.

En otras palabras, entre los posibles significados que una disposición puede asumir, el Tribunal Constitucional elige el que lo hace compatible con la Constitución, dejando de lado aquellos que habían inducido a dudar de la constitucionalidad de la ley.

La atribución a la disposición de un significado particular no tiene eficacia *erga omnes*; la interpretación de la Corte no es vinculante y se puede imponer sólo gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o a la autoridad de la que disfruta dicho órgano colegial. Un vínculo jurídico se puede encontrar por parte del juez que ha planteado la cuestión en vía incidental: éste no puede aplicar más, en el curso del proceso, la disposición impugnada, atribuyéndole el significado originario; si confirmase, de hecho, tal interpretación, se vería obligado a aplicar una norma de dudosa constitucionalidad.

Bajo otro perfil, la cuestión de constitucionalidad puede ser utilizada no tanto para abrir un juicio sobre una disposición, sino contra una interpretación de la misma. De tal manera —cuando la duda de constitucionalidad sea acogida—, por un lado, se permite al juez *a quo* resolver la controversia utilizando una norma más coherente con lo que dicta la constitución; por el otro, se ejerce en relación al ordenamiento jurídico en general una función de unificación interpretativa de una norma de ley.

En estos casos, el Tribunal constitucional concluye el juicio adoptando, en general, sentencias interpretativas, que constituyen el mejor instrumento que el juez constitucional tiene su disposición para hacer que el juicio sobre la ley se adhiera lo más posible a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional. Entre éstas, asumen particular relevancia las sentencias interpretativas estimatorias y las sentencias aditivas.

Las primeras consienten al juez de la constitucionalidad de las leyes elegir, entre los posibles significados que se pueden extraer de una disposición, aquel que es incompatible con la Constitución y declararlo inconstitucional, salvando a todos los demás. Con la sentencia interpretativa estimatoria, el Tribunal constitucional elimina del ordenamiento jurídico no a la disposición entera, sino a uno de sus posibles significados, o mejor dicho, a una de las normas que puede ser desnucleada; la disposición sigue siendo aplicada y produce sus efectos, con la excepción de la norma considerada inconstitucional<sup>39</sup>.

Las sentencias aditivas, a su vez, se caracterizan porque, aún declarando la inconstitucionalidad de la norma, producen efectos positivos, es decir, introducen en el ordenamiento normas «nuevas» que inicialmente no se obtienen del texto normativo.

Semejante tipo de sentencias contradice la convicción inicial de Kelsen, según el cual el juez constitucional podía ser asimilado a una clase de «legislador negativo»: con estas sentencias se transforma, sin embargo, en un creador de normas, por ejemplo, cuando el juez constitucional declara la ilegitimidad de una disposición «en los casos en que no prevé una determinada reglamentación de la materia». El carácter innovador o aditivo de estas sentencias es evidente, desde el momento en que el Tribunal constitucional declara la ilegitimidad constitucional, añade una norma a aquellas ya previstas por el legislador inicialmente.

Se trata de tipologías de sentencias a las cuales el juez constitucional recurre para ponderar mejor los efectos de sus propias decisiones y para calibrar el impacto que pueden producir en el ordenamiento jurídico y las consecuencias en relación del juicio *a quo*.

Luego, las sentencias interpretativas, permiten actuar mejor el principio *pro homine* y *pro libertatis*, en base al cual las disposiciones deben ser interpretadas de la manera más favorable a la persona humana: en consecuencia, deben ser interpretadas extensivamente aquellas que favorecen a la persona humana y restrictivamente aquellas que introducen limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. En otros términos, en el caso de disposiciones susceptibles de recibir diferentes interpretaciones, se debe utilizar la interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, más favorable al recurrente en el proceso *a quo*.

Los casos procesales que hemos recordado evidencian cómo en los procesos constitucionales en vía incidental la defensa de un derecho fundamental no se enfrenta en términos abstractos, pero se ejerce por medio de un control lo más cercano posible a las situaciones en que las vulneraciones de las libertades se producen, apreciando concretamente las

<sup>39</sup> En tema de sentencias interpretativas: A. MARTÍN DE LA VEGA, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, 2003; A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, cit., 175 ss.

consecuencias de la ley, evaluando ya sea el contexto social de cada asunto, como también las características del caso concreto que ha originado la cuestión de constitucionalidad.

Esta atención a la concreción es particularmente evidente en los casos en que el parámetro constitucional del juicio está representado por el principio de igualdad o de proporcionalidad<sup>40</sup>, a partir del momento en que el juez constitucional, en el acto de valorar la razonabilidad de las elecciones realizadas por el legislador, difícilmente puede prescindir de un examen atento del impacto que la aplicación de la disposición provoca sobre las posiciones subjetivas que han originado el juicio *a quo*.

La atención al derecho concretamente lesionado induce, además, al juez constitucional a considerar que la inconstitucionalidad puede derivarse no solamente de la presencia de una norma en el ordenamiento, sino también de su ausencia, o sea, de la existencia de una laguna normática. En tal caso, el juez constitucional recurre a una sentencia de inconstitucionalidad de tipo aditivo, declarando una ley contraria a la Constitución «en cuanto a que no prevé una determinada disciplina».

---

<sup>40</sup> Véase J. BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, 2004, 215 ss.; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003; L. PALADIN, «Ragionevolezza (Principio di)», *Encl. dir.*, Agg. 1, Milano, 1997, pp. 901 ss.; M. P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milano, 1993; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994.