

## LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA: APUNTES PARA UNA DISCUSIÓN

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Plano normativo*.  
III. *Plano teórico*.

### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales en América Latina han sufrido un proceso de intensa evolución en los últimos treinta años. Si nos remontamos a la segunda mitad de la década de los setenta del siglo pasado, veremos las grandes diferencias que existen respecto a lo que tenemos hoy en día en materia de derechos. Lo que en otras latitudes tomó dos siglos, en América Latina se ha conseguido, con muchos problemas, defectos y riesgos, en menos de tres décadas.

Desde luego, un análisis responsable debería ser capaz de distinguir al menos tres planos de análisis y observar el desarrollo que se ha producido en cada uno de ellos:

- 1) Un plano normativo, en el que se tuvieran en cuenta los textos constitucionales y los catálogos de derechos previstos en los tratados internacionales, tanto de carácter universal como de alcance regional.
- 2) Un plano teórico, a fin de dar cuenta de la evolución y crecimiento del “discurso” científico sobre los derechos.
- 3) Un plano sociológico, con el objetivo de poner en evidencia la manera en que los derechos se han ido aplicando, con enormes dificultades e incluso con preocupantes retrocesos, en la práctica constitucional de América Latina.

Por razones de tiempo, haremos referencia solamente a los dos primeros niveles.

## II. PLANO NORMATIVO

Desde el primer nivel de análisis, se puede observar un proceso siempre creciente y (hasta el día de hoy), en términos generales imparable de expansión de los derechos enunciados por las Constituciones de la región. Un primer momento especialmente importante se observa ya con la Constitución guatemalteca de 1985, la que no solamente nos ofrece un largo catálogo de derechos, sino que también se ocupa de clasificarlos, ofreciendo al lector una primera clave de lectura de gran relevancia (una cuestión que merece ser discutida aparte es si esa clasificación resulta más o menos acertada, más o menos exhaustiva y más o menos comprensible). Pero son sobre todo las Constituciones de Brasil en 1988 y de Colombia en 1991 las que, con base en las experiencias europeas de la Segunda Posguerra, expanden hasta niveles previamente desconocidos los catálogos de derechos. En Brasil el afán clasificatorio de otros documentos no preocupa demasiado a los autores de su texto constitucional, quienes deciden redactar un extenso artículo 5, el cual cuenta con 78 fracciones, muchas de las cuales se dividen en distintos apartados; en el artículo 5 se encuentran tanto cuestiones sustantivas como procedimentales (es decir, tanto derechos como garantías). La misma Constitución brasileña pone aparte los derechos sociales (artículos 6 a 11), el régimen jurídico de la nacionalidad (artículos 12 y 13) y los derechos políticos (artículos 14 a 16).

Una visión más moderna, incluso terminológicamente, se observa en el texto colombiano de 1991, cuyo título II se denomina “De los derechos, garantías y deberes”. En ese título se encuentra una clasificación que separa los derechos fundamentales, los derechos económicos sociales y culturales, los derechos colectivos y del ambiente, y los deberes y obligaciones (una distinción parecida puede observarse en la Constitución peruana de 1993). Es probable que la distinción entre derechos fundamentales y otro tipo de derechos (como los sociales) provenga de la no muy acertada fórmula del artículo 53 de la Constitución Española, que parece distinguir los derechos “plenos”, objeto de protección por todos los tribunales o mediante amparo ante el Tribunal Constitucional, de los

simples principios que sirven para “informar” la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

La Constitución de Argentina, reformada en profundidad en 1994, contiene un capítulo segundo dedicado a “Nuevos derechos y garantías”, dentro del cual se encuentran interesantes desarrollos para su catálogo de derechos, incluyendo medios de tutela oponibles a particulares (como el juicio de amparo, según el artículo 43 párrafo primero de la Constitución). Infortunadamente se trata de un capítulo poco sistemático, ya que mezcla cuestiones no muy homogéneas, lo que probablemente no aporte una adecuada guía de lectura para quienes quieran profundizar en su conocimiento.

La Constitución mexicana ha ido incrementando paulatinamente el espacio dedicado a la regulación de los derechos fundamentales, si bien es cierto que lo ha hecho con escasa técnica legislativa y sin ningún prurito por salvaguardar una mínima sistemática. De hecho, dentro del capítulo dedicado a los derechos fundamentales (los que, siguiendo la tradición de hace dos siglos, todavía se les llama “garantías individuales”), se pueden encontrar cuestiones relativas a la economía nacional, a la planeación del desarrollo o incluso a los órganos constitucionales autónomos, los cuales deberían haberse previsto dentro de la parte dedicada a la división de poderes. Entre las reformas que han suscitado un mayor debate, podemos señalar una de 2001 por medio de la cual se incluye una extensa regulación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y otra de junio de 2008 para introducir una detallada regulación de las bases del procedimiento penal.

Las Constituciones más recientes (Venezuela, Ecuador y Bolivia) contemplan amplios catálogos de derechos, contruidos sobre la base de los ya señalados, aunque también expresan ciertas preocupaciones locales, las cuales a veces son resultado de proyectos políticos concretos, de lo que resulta que no cuentan con la aceptación completa de la población, sino que se hayan logrado aprobar luego de intensos debates y de la confrontación de proyectos opuestos.

Cabe apuntar que no todo el contenido de las declaraciones de derechos que se encuentran en el constitucionalismo de América Latina responde a estándares progresistas y respetuosos de la dignidad humana. Hay también, infortunadamente, un “constitucionalismo conservador” en

la región, que ha dejado su huella en las correspondientes secciones que recogen los derechos fundamentales.<sup>1</sup>

Aunque los ejemplos podrían multiplicarse, valga la pena ilustrar lo dicho con al menos los siguientes:

A) La Constitución de El Salvador establece, en su artículo 13 párrafo cuarto, lo siguiente: “Por razones de defensa social, podrán ser sometidos a medidas de seguridad reeducativas o de readaptación, los sujetos que por su actividad antisocial, inmoral o dañosa, revelen un estado peligroso y ofrezcan riesgos inminentes para la sociedad o para los individuos”. Parece difícil reunir más ideas retrógradas en un solo párrafo. Se trata de una norma que viola varios de los más esenciales principios de cualquier sistema penal democrático y que refleja ideas del siglo XIX, por decir lo menos. Con normas como esa, se autoriza al Estado a llevar a cabo casi cualquier tipo de represión sobre las personas, no siendo necesario ni siquiera que hayan hecho algo, puesto que se habla en ese precepto de conceptos tan evanescentes como “defensa social”, “actividades antisociales, inmorales o dañosas”, “estado peligroso” y “riesgos inminentes”. Es decir, en ese artículo se contiene un compendio de todo aquello contra lo que lucha el derecho penal garantista.<sup>2</sup>

La misma Constitución ordena al Estado “fomentar” el matrimonio (artículo 32), y regular las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer (artículo 33). Parece obvio el sesgo conservador de tales preceptos, respecto de los “modelos” de convivencia familiar constitucionalmente aceptados. La idea de fomentar el matrimonio desde el ámbito de actuación de los poderes públicos supone implícitamente minusvalorar otras formas de convivencia, bajo un régimen jurídico no matrimonial. La referencia a las relaciones familiares estables entre un hombre y una mujer conlleva una descalificación poco menos que explícita de las relaciones homosexuales, generando de esa forma una discriminación hacia las personas que toman la decisión de convivir con otra de su mismo sexo.

<sup>1</sup> Las raíces históricas de este fenómeno han sido explicadas por Roberto Gargarella en su libro *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI editores, 2005, pp. 85 y ss.

<sup>2</sup> Expuso de forma insuperada por Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

B) La Constitución de Guatemala deja zanjado el tema de los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo al disponer que se protege la vida humana desde su concepción (artículo 3), con lo cual envía un mensaje muy claro al legislador para que tome medidas represivas contra las mujeres que decidan interrumpir voluntariamente su embarazo.

La misma Constitución guatemalteca dispone que se puede imponer la pena de muerte pero no a las mujeres (artículo 18), a la vez que indica que las personas presas “Deben ser tratadas como seres humanos” (artículo 19).<sup>3</sup>

Llama también la atención el trato preferencial que se le da a la Iglesia Católica, cuya personalidad jurídica se reconoce desde el propio texto constitucional, mientras que las demás iglesias y cultos religiosos reciben un trato diferenciado (artículo 37). El trato favorable se extiende, en el mismo precepto, a las propiedades de la Iglesia católica; las propiedades de las demás congregaciones no son siquiera mencionadas.

Los dos ejemplos anteriores, referidos a El Salvador y a Guatemala, no son los únicos; su cita quiere simplemente ilustrar sobre la existencia de un cierto modo de comprensión de los derechos fundamentales, marcado por su carácter conservador. Obviamente, las Constituciones pueden ser más o menos progresistas, de acuerdo a las condiciones ideológicas y políticas del país en que se escriben y del momento en que son promulgadas. Pero no podemos pasar por alto el hecho evidente de que los derechos fundamentales deben estar al servicio de valores emancipatorios y no anclarse en realidades que mantienen vivos vínculos históricos de sujeción sobre ciertos sujetos o que reconocen primacía a algunos credos religiosos, vulnerando de esa manera la laicidad del Estado y el derecho a la no discriminación por motivos de religión.<sup>4</sup>

Respecto del derecho internacional de los derechos humanos, hemos visto en las últimas décadas el surgimiento muy fecundo de tratados internacionales en la materia, tanto universales como regionales. Dentro de la región destaca la aplicación cada vez más amplia y profunda de la Convención Americana de Derechos Humanos y de sus protocolos (so-

<sup>3</sup> Puede uno imaginarse la terrible realidad del sistema penitenciario guatemalteco para que haya sido necesario introducir un mandato tan básico y obvio.

<sup>4</sup> El significado de los derechos fundamentales como parámetros de emancipación y de lucha contra las discriminaciones históricamente existentes ha sido expuesto por Luigi Ferrajoli en muchas de sus obras; por ejemplo en *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, pp. 42-59.

bre todo el de San Salvador, referido a los derechos económicos, sociales y culturales). Esa preeminencia de la Convención se ha correspondido por el papel tan relevante y fructífero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia cada vez es más conocida, discutida y aplicada no solamente en el ámbito internacional, sino también en el de las jurisdicciones domésticas.<sup>5</sup>

Poco a poco, América Latina parece ir comprendiendo que la globalización no solamente significa libertad de comercio y reducción de aranceles, sino también Estado de derecho y respeto por los derechos fundamentales de todas las personas.<sup>6</sup> Las visiones reduccionistas y pueblerinas se han ido marginando a la par del surgimiento de una corriente intelectual que aboga por la internacionalización de los derechos fundamentales, con base no en posturas ideológicas, sino meramente positivistas: ese derecho internacional ya existe, es obligatorio y por tanto hay que exigir su aplicación sin fisuras ni excusas de ningún tipo.

### III. PLANO TEÓRICO

En los últimos años la teoría constitucional referida a los derechos fundamentales también ha ido creciendo de forma significativa, si bien es cierto que todavía nos encontramos por detrás de los desarrollos que se pueden observar en algunos países europeos (sobre todo en Alemania e Italia) o incluso muy por detrás de la teoría constitucional de los Estados Unidos, que tiene entre sus temas favoritos precisamente el de los derechos.

Por esa misma razón, los desarrollos regionales se han visto alimentados (creo que de forma muy positiva) por planteamientos que vienen de otros países. En los últimos años la corriente que se ha ido estableciendo progresivamente es la del neoconstitucionalismo, cuyos autores más conocidos han sido analizados en muchas escuelas y facultades de derecho de América Latina, tanto a nivel de licenciatura como de posgrado. No es

<sup>5</sup> García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2006-2008, 5 tomos.

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La globalización y el orden jurídico: reflexiones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. Véanse, sobre todo, los ensayos de Francisco J. Laporta y Marisa Iglesias Vila, incluidos en ese volumen.

extraño que en nuestras aulas cientos de profesores repitan con frecuencia los nombres de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky y el de algún neoconstitucionalista autóctono como Carlos Santiago Nino.<sup>7</sup> Las posturas de algunos de estos teóricos incluso han servido de guía para la jurisprudencia; por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana se ha inspirado con frecuencia en la teoría de los principios de Robert Alexy o en su comprensión de la manera en que puede hacerse la ponderación de derechos; de la misma forma, la Suprema Corte de México se ha beneficiado de las aportaciones de Luigi Ferrajoli (aunque no siempre lo haya reconocido de forma expresa).

Afortunadamente, luego de unos años de intensas lecturas neoconstitucionalistas, los teóricos de América Latina están comenzando a hacer sus propios planteamientos y a aportar una visión moderna de los derechos fundamentales a la teoría jurídica local.<sup>8</sup> Los principales desarrollos se observan en Argentina, Brasil, Colombia y México, aunque se está produciendo un movimiento muy importante en el Perú y en Ecuador, países en los que veremos en los próximos años interesantes aportaciones teóricas.

Como sucede en otras latitudes, las bases conceptuales con las que trabajamos el tema de los derechos fundamentales los constitucionalistas, han sido suministradas por teóricos y filósofos del derecho.

Tradicionalmente hemos tomado como fuente de inspiración a la doctrina europea, lo que resulta natural si tomamos en cuenta el alto número de estudiantes de posgrado que han pasado por las aulas de universidades españolas o italianas; esos estudiantes trajeron los referentes de sus maestros europeos, sobre todo a partir de los años setenta del siglo pasado.

En los últimos años, sin embargo, se observa un cambio de tendencia: hemos comenzado a mirar sin traumas históricos ni complejos de inferioridad hacia la teoría constitucional de los Estados Unidos. Las tareas de traducción, intensamente desarrolladas en Argentina, Colombia, México y, en menor medida, en Perú, han sido una puerta de entrada para que nuestros estudiantes se pudieran familiar con autores como John Rawls,

<sup>7</sup> Un panorama sobre el movimiento del nuevo constitucionalismo puede verse en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006.

<sup>8</sup> Algunos planteamientos de importantes teóricos de América Latina se han recogido en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

Richard Posner, Ronald Dworkin, Owen Fiss, Bruce Ackerman, Duncan Kennedy, etcétera. Desde luego, la mayor parte de las traducciones del inglés se siguen haciendo en España, donde han publicado obras de algunos de los profesores ya mencionados, pero también de Jeremy Waldron, Cass Sunstein, Will Kymlicka, etcétera.

También ha sido notable la influencia de la doctrina alemana, la cual ha aportado —de forma directa e indirecta— ideas muy importantes para el debate latinoamericano sobre los derechos fundamentales y sobre el constitucionalismo democrático en general. Los dos nombres que más se han repetido en la región creo que son los de Robert Alexy y Peter Häberle.<sup>9</sup>

La lectura directa de sus textos ha sido posible gracias a traducciones y publicaciones que han aparecido primero en España, pero luego también en Brasil, Perú, Colombia y México. Pero además, algunos destacados teóricos de América Latina, sobre todo de generaciones más o menos recientes, se han formado en Alemania y han escrito grandes trabajos bajo la influencia de los citados profesores. Tal es el caso, por citar solamente algunos ejemplos, de César Landa de Perú, de Carlos Bernal, Gloria Lopera y Alexei Julio Estrada de Colombia, o de Laura Clérico de Argentina. Algunos de ellos son grandes promesas de la teoría jurídica latinoamericana, quienes con el tiempo deberán ocupar el lugar de los autores ya consagrados como Héctor Fix-Zamudio, Carlos S. Nino, Germán Bidart, Allan Brewer Carías y otros gigantes del pensamiento de nuestra región.

<sup>9</sup> Antes de ellos, ha sido de gran importancia el pensamiento de Konrad Hesse, que ha llegado hasta los constitucionalistas de América Latina gracias a la traducción que hizo Pedro Cruz Villalón de algunos de sus textos más conocidos, así como del mismo trabajo de traducción de su obra realizado en Brasil (país en el que incluso han traducido más materiales, en comparación con los que fueron en su momento seleccionados por Cruz Villalón). Las referencias son: Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, CEC, 1992; Hesse, Konrad, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Fabris editor, 1998.