

HACIA EL FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNO

Allan BREWER-CARÍAS*

* Venezolano, Abogado, Posgrado en Derecho Administrativo por la Universidad de París, Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino, Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Miembro del Directorio de la Asociación Latinoamericana de Administración Pública, Presidente de la Fundación de Derecho Público y Premio Nacional de Ciencias, 1981.

HACIA EL FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNO

Allan BREWER-CARÍAS

INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho, como concepto constitucional, se montó para la protección de los derechos y libertades públicas en sustitución del Estado absoluto; ambos concebidos como fórmulas sucesivas de lo que denominamos, en el Derecho Constitucional, el modelo del Estado moderno. En su evolución, la primera etapa correspondiente al Estado absoluto, se sustituyó por la del Estado de Derecho, precisamente, para la garantía y la protección de los derechos y libertades de las personas.

En esta forma, el concepto del Estado de Derecho se montó sobre una serie de principios cruciales que cristalizaron en las tres grandes revoluciones de hace dos siglos, la Revolución Americana, la Revolución Francesa y la Revolución Latinoamericana, de la cual los propios latinoamericanos con mucha frecuencia nos olvidamos, a pesar de que fue, precisamente, en el ámbito de esta última, desarrollada a comienzos del siglo pasado, donde cristalizó todo el aporte de las Revoluciones Francesa y Americana al constitucionalismo moderno.

Por ello, incluso, fue en nuestros países donde por primera vez en el constitucionalismo, se concretó todo el modelo del Estado de Derecho que, por una parte, en Francia, y por la otra, en los Estados Unidos, se había ido formulando constitucionalmente. Pero la simbiosis de todo el esquema del constitucionalismo moderno fue básicamente de origen latinoamericano donde recogimos, en conjunto, los aportes de esas dos Revoluciones Francesa y la Americana.

Esos principios cruciales podemos reducirlos a tres.

En primer lugar, el principio de la limitación al Poder, que es la base del Estado de Derecho; limitación al Poder para garantizar la libertad y eso es lo que distingue al Estado de Derecho del Estado absoluto. Limitación que se concreta en los temas constitucionales de distribución del poder para que, como lo decía Montesquieu, el poder limite al poder, lo que se logra al distribuirlo y al separarlo. De allí emergen, los dos grandes esquemas de organización del Estado basados, por una parte, en la distribución vertical del poder que dio origen a los sistemas de Estados descentralizados, al federalismo o a nuevos esquemas de Estados regionales; y por la otra, en el principio de la separación horizontal del poder que es el clásico de separación orgánica de poderes, producto directo, también, de aquellas dos Revoluciones. Como señalaba, dichos principios se concretaron en la Revolución Latinoamericana con los aportes de ambas Revoluciones, la Francesa y la Norteamericana.

El segundo de estos principios es el de la legalidad, es decir, el principio conforme al cual todos los órganos del Estado deben estar y actuar sometidos a la ley y que, justamente, es el otro elemento diferenciador con el Estado absoluto en el cual el Monarca no estaba sometido a ley alguna. Además dentro del principio de la legalidad, como aporte de esas tres Revoluciones, está la idea misma de la Constitución como ley suprema, a la cual tienen que someterse todos los órganos del Estado, incluyendo el Parlamento. Fue precisamente contra la soberanía parlamentaria que se produjo la Revolución Americana; y fue contra la soberanía parlamentaria como en los países europeos, después de la Segunda Guerra Mundial, se incorporaron por primera vez en los textos constitucionales, declaraciones efectivas de derechos humanos.

Bien sabemos que antes de la Segunda Guerra Mundial, a pesar de la

Declaración Francesa en 1789, en Europa no había Declaraciones similares a las que conocemos en Latinoamérica desde 1811 sobre derechos humanos. Recordemos inclusive, que en España, sólo fue en 1978, con motivo de la última Constitución Democrática que se incorporó a la declaración de derechos en la Constitución. Con estas Declaraciones de Derechos de rango constitucional, en Europa, las mismas adquirieron ese rango supremo que se impone, incluso, a los Parlamentos que en el universo constitucional dejaron ser soberanos; salvo, por supuesto, la excepción de siempre en estas materias constitucionales, que es el sistema Inglés donde no hay Constitución escrita y, por tanto, lo único soberano sigue siendo el Parlamento y lo que el Parlamento diga.

El tercero de los principios del Estado de Derecho que se montó para la protección de los derechos fundamentales, es justamente el de la declaración de estos derechos. De manera que no sólo es un Estado construido sobre el principio de la limitación al Poder para asegurar la libertad; y sobre el principio de la legalidad y del respeto de la Constitución, sino además, es un Estado montado sobre el principio de la Declaración o del reconocimiento de los derechos fundamentales con rango constitucional.

Todas las Constituciones del mundo, en los últimos doscientos años, en una forma u otra, más tarde ó más temprano, han venido adoptando estos principios constitucionales, y progresivamente, se ha venido experimentando en el derecho interno, progresivamente insisto, mecanismos de perfeccionamiento y fortalecimiento de las instituciones de protección a los derechos humanos. Además, ello se ha producido respondiendo al mismo principio que reconocía la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que sigue siendo válida, aún cuando interpretada, por supuesto, doscientos años después y que prescribía que, “toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución” (art. 16). Conforme a ello, aún hoy día puede afirmarse que la esencia misma de la Constitución, como texto de organización política, siempre radica en la limitación al poder por su separación y en la Declaración de los Derechos fundamentales, garantizados por la propia sociedad.

Teniendo en cuenta los tres principios anteriores del Estado de Derecho, vamos a referirnos al tema del fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, para lo cual vamos

a referimos en particular, porque el universo es muy grande, a los siguientes tres aspectos:

En primer lugar, al proceso de universalización o ampliación progresiva de las Declaraciones de Derechos; en segundo lugar, al fortalecimiento de las garantías judiciales de los derechos y libertades públicas, y en tercer lugar, a la introducción progresiva, en tiempo reciente, de garantías institucionales de los derechos fundamentales.

I. LAS UNIVERSALIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

Sobre este tema de la ampliación de las Declaraciones de Derechos, quiero hacer referencia a tres puntos. En primer lugar, el tema de la alteridad como característica de la regulación de los derechos; en segundo lugar, el tema de la ampliación nacional que han venido experimentando las Declaraciones de Derechos y, en tercer lugar, como corolario de ello, el tema del carácter enunciativo de los derechos y, por tanto, de la incorporación progresiva en las Constituciones en un *numerus apertus* de derechos, no limitados a los que los textos constitucionales enumeran taxativamente.

A. El principio de la alteridad

Ante todo hay que tener en cuenta, cuando se analiza el tema de los derechos y libertades, que estos, como derechos constitucionales, desde el punto jurídico, constituyen básicamente situaciones jurídicas de poder que los individuos tienen en la sociedad y que siempre tienen alteridad con situaciones jurídicas de deber que otros individuos tienen en la misma sociedad. De manera que no hay sociedad que se conciba sin que existan situaciones de poder correlativas con situaciones de deber entre los sujetos que actúan en ella; es decir, no se concibe la sociedad sin esta interrelación entre sujetos en situación de poder hacer, gozar, disfrutar o tener, y otros sujetos en situación de deber, respetar, de abstenerse, de prestar o de dar, de manera que, siempre habrá una relación derecho-obligación o, en general, poder-deber. Los derechos humanos, en definitiva, desde el punto de vista jurídico son situaciones jurídicas de poder que son consustanciales a la naturaleza humana, o a la calidad de ser humano, en definitiva, a la calidad de hombre y que tienen todos los hombres por igual.

Ahora, bien, en el régimen de estos derechos y en su declaración, por supuesto, el principio de la alteridad tiene que estar siempre presente. Si hay un sujeto activo, un titular del derecho, siempre tiene que haber alguien con una obligación (sujeto pasivo) frente a ese derecho; es decir, alguien obligado a cumplir determinadas actividades para satisfacer el goce de esos determinados derechos; de manera que, no hay derecho sin obligación. No puede haber, en consecuencia, por ejemplo, un derecho humano a no enfermarse; ese es un deseo, pero no un derecho, porque frente a ese sueño no existe alteridad, es decir, no hay nadie que pueda estar obligado a asegurar a las personas que no se enfermen.

En todo caso, en la concepción inicial de la formulación de las Declaraciones de Derechos, el obligado era el Estado; los derechos se formularon frente al Estado, de manera que siempre el sujeto activo era el hombre, el ciudadano, y el sujeto pasivo, el obligado, era el Estado. Esta concepción inicial de la formulación de los derechos, incluso, llevó a que los mecanismos de protección de los mismos, en su concepción también inicial, fueran mecanismos de protección *frente al Estado*: el amparo frente al Estado o la tutela o los recursos de protección, frente al Estado.

Por supuesto, esto varió porque la relación de alteridad cambió; no sólo el sujeto pasivo es el Estado, es decir, lo sigue siendo, pero no sólo es el Estado, sino que progresivamente, el campo del sujeto pasivo se ha universalizado, existiendo en la actualidad obligaciones, es decir, situaciones de deber en el campo de los derechos que corresponden, por supuesto a los particulares, es decir, que corresponden a todos, que corresponden incluso a las colectividades, a las comunidades, hasta a la comunidad internacional como seguramente lo habrán precisado cuando analizaron, con el Profesor Cançado Trindade, el tema de los derechos económicos. En efecto, el derecho al desarrollo, como derecho que, incluso, no es sólo del hombre en particular sino de los pueblos y de las comunidades, los obligados son algo más que los Estados, entrando en el campo de la comunidad internacional.

Ahora bien, si prestamos atención al principio de la alteridad, es decir, a la relación entre situaciones de poder y situaciones de deber, se puede constatar que las situaciones de deber, es decir, del sujeto pasivo, no siempre son las mismas. Muchas veces las situaciones de deber se configuran como una situación de prestación (obligación positiva); es decir, como una obligación de prestar, una obligación de dar, o una obligación de hacer.

Cuando estamos, por ejemplo, en el campo de los derechos sociales, como el derecho a la educación o el derecho a la salud, el Estado está obligado a prestar el servicio; está obligado a realizar una actividad positiva. Desde el punto del sujeto activo, ahí estamos en presencia de derechos estrictamente desde la perspectiva jurídica.

En otros campos estamos en presencia de derechos fundamentales que son más bien libertades porque la situación del sujeto pasivo, por ejemplo del mismo Estado, no corresponde a obligación alguna de hacer o de dar, sino que su obligación es, básicamente, de no hacer; es una obligación de abstenerse, de no molestar, de no lesionar, de no extinguir, de no privar. Por tanto, estos, más que derechos, desde el punto estrictamente jurídico, son libertades. Por ejemplo, la libertad de tránsito implica más la situación de deber de que no se impida la circulación; la libertad de expresión, o el derecho a la libre expresión del pensamiento implica la situación de deber del Estado de no molestar, de no censurar, de no impedir la expresión libre.

Lo anterior en relación con el tema de las situaciones de poder y de deber, y de su alteridad, nos conduce a distinguir claramente entre libertades y derechos cuando la situación del sujeto obligado no es, en el caso de las libertades, una obligación de dar o de hacer, sino más bien de no hacer, de abstenerse. En cambio en los derechos propiamente dichos, sí hay una obligación de prestar, como sucedería por ejemplo, en general, en los servicios públicos y, particularmente, en los de carácter social (salud, educación).

Otro elemento a destacar en este tema, es el de la ampliación progresiva de los derechos y de las Declaraciones de Derechos en el campo de los derechos nacionales.

B. La ampliación nacional de los derechos

En efecto, el segundo aspecto que debe mencionarse en cuanto las Declaraciones de Derechos, se refiere a la progresiva ampliación que las mismas han tenido en el mundo contemporáneo en las respectivas Constituciones.

Ya se deben haber mencionado, con toda seguridad, los aspectos centrales del tránsito que se ha producido en las Declaraciones desde los

Derechos de la primera generación del constitucionalismo clásico, reducidos a los derechos individuales, que más bien eran libertades en el sentido que hemos analizado, que tienen un distinto tratamiento; hacia los derechos de una segunda generación, de carácter económicos y sociales, en los cuales hay más bien obligaciones prestacionales del Estado; y cómo se ha ido pasando a la incorporación en las Declaraciones de Derechos, de los derechos de la tercera generación, donde se ubican el mencionado derecho al desarrollo; el derecho a una determinada calidad de vida; el derecho a la protección del medio ambiente; el derecho a gozar de un patrimonio cultural; e incluso, el derecho a la paz como recientemente ha sido consagrado expresamente en la Constitución de Colombia, y que van caracterizando el constitucionalismo latinoamericano.

Esta ampliación progresiva de derechos se ha plasmado, en nuestro continente, en dos grandes ejemplos de una enumeración extensísima de derechos, como es el caso, inicialmente de la Constitución de Brasil y luego, de la Constitución de Colombia, que son los textos constitucionales donde más artículos se han destinado a la regulación de los derechos individuales, de los derechos políticos, de los derechos económicos, de los derechos sociales y estos derechos de la tercera generación.

Por supuesto, esta ampliación de los derechos en el derecho interno ha conducido progresivamente a la incorporación al régimen constitucional de los países, de los derechos declarados internacionalmente, sobre todo en los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas; en las Declaraciones tanto de las Naciones Unidas como de la OEA y en la Convención Americana de Derechos Humanos. Sobre este tema de la incorporación al derecho interno de los derechos humanos, el ejemplo constitucional más destacado es el de la reciente Constitución de Argentina; y sobre dicho proceso va a hablar en este Curso el Profesor Néstor Pedro Sagüés, por lo que no me voy a detener en ese punto.

C. El sentido de las Declaraciones de Derechos

Lo que es importante señalar es que, sea que estén incorporados en normas internacionales, sea que se hayan incorporado al derecho interno y que formen parte de las Constituciones, desde el punto de vista jurídico, las Declaraciones de Derechos no son declaraciones constitutivas de los derechos sino, como lo dice su propia denominación, tienen carácter declarativo, de

reconocimiento de derechos. En consecuencia, ni las Constituciones, ni las Convenciones internacionales los crean o establecen, sino que los reconocen como inherentes a la persona humana.

Bajo este ángulo, el aspecto más importante del fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos en América Latina ha sido la incorporación progresiva y continua en las Constituciones, de la cláusula enunciativa de los derechos de las personas que proviene, también, de la influencia del sistema constitucional norteamericano. En esta forma podemos decir que, incluso, todas las Constituciones de América Latina, con muy pocas excepciones, (las de Cuba, Chile, México y Panamá), contienen una cláusula enunciativa de los derechos, conforme a la cual se indica expresamente, que la declaración y enunciación de los derechos que se hace en los textos constitucionales, no se puede entender como negación de otros que no estando enumerados en ellos, son inherentes a la persona humana, o a la dignidad de la persona humana. Cláusulas de este tipo las encontramos en las Constituciones de Colombia (art. 94), Guatemala (art.44), Paraguay (art. 45) y Venezuela (art.50). Incluso, en la Constitución de Costa Rica, se hace referencia a derechos inherentes o que deriven del principio cristiano de la justicia social (art.74) en el mismo sentido de la dignidad de la persona humana. En otras Constituciones se hace referencia a esta enunciación de derechos en relación con aquellos que deriven de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, con lo cual en la enunciación se hace énfasis en el tema de los derechos políticos, como sucede en Argentina (art. 33) y Bolivia (art. 35). Otras Constituciones hacen referencia a la enunciación para incorporar, aunque no estén expresos, derechos que deriven tanto de la forma republicana y de la forma representativa de gobierno, como de la dignidad del hombre, como sucede en Uruguay (art. 72) y Honduras (art. 63), donde resulta una ampliación enorme de esta cláusula de enunciación de derechos. Puede decirse, en todo caso, que este es un signo muy característico del constitucionalismo latinoamericano, desde siempre, y que lo distingue sobre todo del constitucionalismo europeo.

Por supuesto, la enunciación de derechos abiertos en las Constituciones, implica que la falta de reglamentación, por ley, de los mismos, no puede ser invocada para negar ni menoscabar el ejercicio de los derechos por las personas, como lo expresan muchas de nuestras Constituciones (Paraguay, Venezuela).

Ahora bien, una consecuencia jurídica fundamental en el ámbito de la protección de los derechos que deriva de la Declaración de Derechos constitucionales, incorporadas en los textos fundamentales, incluso en esta forma enunciativa, es la llamada garantía objetiva de la Constitución; principio que para el constitucionalismo europeo contemporáneo descubrió Hans Kelsen, pero que en el constitucionalismo latinoamericano está incorporado desde principios del siglo pasado, en nuestras Constituciones, como sucedió en la Constitución de Venezuela de 1811.

Este principio implica que toda decisión del Estado contraria a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución es nula, con lo cual la garantía objetiva del propio texto constitucional deriva del mismo, declarando la nulidad de lo que sea contrario a los derechos; principio que tiene una larguísima tradición en el constitucionalismo latinoamericano. En algunas de las Constituciones de nuestros países además se consagra expresamente este principio de la nulidad, no por vía de deducción, sino en forma expresa considerando que un acto contrario o que viole los derechos humanos, es nulo como, es el caso de la Constitución de Venezuela (art. 46).

Por último debe mencionarse que esta enunciación de derechos, con toda la ampliación que hemos venido viendo en América Latina, incluso con el mencionado carácter enunciativo, se ha establecido, en paralelo, con la precisión del ámbito de las limitaciones a los derechos. No hay que olvidarse que hay derechos absolutos, es decir, derechos no limitables, como por ejemplo el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, o el derecho a no sufrir penas infamantes. Sin embargo, fuera de estos derechos ilimitables, existe el principio de la limitabilidad de los otros derechos y libertades, que siempre tienen como frontera tanto el derecho de los demás como el orden público y social, porque, en definitiva, los derechos se ejercen en sociedad y tienen una pluralidad de titulares. Ello exige, por tanto, conciliar el ejercicio de los derechos, por todos, de manera que ello no signifique, en particular, la violación del derecho de los demás y, en general, del orden público y social.

Por supuesto, este principio puede conducir a situaciones extremas como la que lamentablemente todavía queda en alguna Constitución latinoamericana, como es el caso de la Constitución cubana, que deja abierto un campo "ilimitado" de limitaciones a los derechos fundadas en la conservación de unos principios que sólo el Poder puede determinar, con lo

cual se hacen nugatorios los derechos. Pero salvo este caso, en general, la limitación a los derechos que permiten las Constituciones está vinculada al orden público y social y al ejercicio de los derechos por demás.

Todo esto plantea, en el campo jurídico, algunos de los temas más importantes en relación con el ejercicio de los derechos. En primer lugar, que toda limitación tiene una garantía, que siempre es la de la reserva legal, de manera que sólo por ley pueden establecerse esas limitaciones, sea fundadas en el derecho de los demás, o en el orden público y social.

En segundo lugar, que en la búsqueda progresiva del balance que debe existir entre los distintos derechos, este debe ser de tal naturaleza, que el ejercicio de un derecho no implique que se conculquen otros derechos. Este es un tema, por supuesto, que no es resoluble a nivel de textos constitucionales, y que sólo la aplicación progresiva de los textos por un Poder Judicial efectivo y eficiente, es lo que puede ir clarificando cuándo debe primar el ejercicio de un derecho sobre otro. Ha habido muchos casos judiciales, por ejemplo y sobre todo, con la libertad de expresión y que han determinado hasta dónde la libertad de expresión puede significar por ejemplo, conculcar los derechos del niño; o hasta dónde la libertad de expresión puede incidir sobre el derecho a la intimidad. En estos casos el Juez ha determinado qué derecho priva en un momento concreto o en qué circunstancias debe darse primacía a los derechos del niño, por ejemplo, como ha sucedido en casos judiciales en Venezuela, en relación con el derecho a la libertad de expresión del pensamiento. Este ha sido un tema jurídico, por supuesto, de elaboración jurisprudencial.

II. EL FORTALECIMIENTO Y DESARROLLO DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

El segundo aspecto que quería tratar se refiere al fortalecimiento y desarrollo de las garantías judiciales de los derechos. En efecto, de nada serviría una declaración de derechos, como las que hemos tenido durante casi doscientos años de historia en América Latina, si no existiese un conjunto de garantías judiciales de esos derechos. Anteriormente hemos mencionado algunas de esas garantías, como la garantía objetiva que declara como nulos los actos contrarios a la Constitución; o la garantía de la reserva legal, a los efectos del establecimiento de las limitaciones a los derechos, que no pueden establecerse por cualquier autoridad sino por ley formal.

Además está la garantía de la responsabilidad, por supuesto, que deriva de que todo acto contrario a los derechos constitucionales genera responsabilidad respecto de quien lo ejecute.

Además de todas las anteriores mencionadas garantías, por supuesto, la garantía fundamental de los derechos constitucionales es justamente la posibilidad de acudir ante los órganos judiciales para que estos aseguren que los derechos se hagan efectivos. Por tanto, la garantía fundamental de los derechos constitucionales, es la garantía judicial porque, en definitiva, el sistema o el Poder Judicial en cualquier país, se ha establecido precisamente para la protección de los derechos y garantías. Esto lo establecen, incluso, casi todas las Constituciones cuando regulan al Poder Judicial o el derecho de acceder a la justicia, para la protección de los derechos y garantías. En esta forma, el sistema judicial es la garantía fundamental de los derechos humanos, pudiéndose distinguir dos tipos de garantías judiciales: las garantías genéricas y las garantías específicas.

A. Las garantías genéricas de protección de los derechos humanos

La garantía genérica judicial de los derechos fundamentales es, justamente, la organización del sistema judicial, porque su función esencial es la protección de los derechos y libertades. Sin embargo, en América Latina, en general, hemos tenido y tenemos una situación bastante sombría sobre la efectividad del Poder Judicial, en su conjunto, como mecanismo eficaz y justo de protección de los derechos fundamentales.

El Poder Judicial, en general, se nos muestra en casi todos nuestros países como incapaz de asegurar la resolución eficiente de los conflictos, de manera que se respeten los derechos de los individuos y se protejan los derechos fundamentales. No siempre es eficaz, no es rápido; al contrario, la justicia es lenta y la lentitud en materia judicial conduce a lo contrario, es decir, a la injusticia.

Por ello, el primero y principal de los problemas del Estado de Derecho en América Latina es el del funcionamiento de los sistemas judiciales. Esto ha llevado a que, incluso, los organismos internacionales multilaterales en los últimos años se hayan interesado por el tema de la reforma judicial, lo cual constituye una novedad, frente a lo que hace quince años eran los programas de asistencia multilateral.

En los programas de asistencia multilateral, por tanto, se han venido incorporando componentes institucionales, entre los cuales se destaca el problema del Poder Judicial como un componente esencial para el desarrollo de nuestros países.

En la actualidad, por tanto, se plantea en todos los países de América Latina el reto de reconvertir al Poder Judicial, y hacerlo efectivamente independiente. Es la piedra fundamental del Estado de Derecho, en el sentido de que el juez debe actuar sólo sometido a la ley, sin la influencia de los factores externos al Poder Judicial, sea de los otros Poderes Públicos, sea de factores políticos.

Pero además de la independencia sustantiva, el Juez debe tener además una independencia personal en relación con la institución del propio juez, que tiene que ver con el tema de su estabilidad como funcionario, con el régimen disciplinario, con la inamovilidad en el cargo, con los nombramientos y con que no se den situaciones como la que hace poco vimos en el Perú, donde el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la inconstitucionalidad de una Ley que se refería a la reelección del Presidente de la República, y la reacción del Poder no fue otra que destituir a los Jueces a los que se les había ocurrido votar la sentencia que establecía que dicha Ley era inconstitucional. Todo esto es lo que tiene que ver con el tema de la independencia del Poder Judicial.

Aparte de esto, además de lograr la independencia, el reto es asegurar la efectiva administración de justicia, es decir, la administración efectiva de los casos judiciales de manera que estos se decidan, y que no se produzcan las acumulaciones de casos rezagados, tan características de América Latina y que originan esta justicia lenta y por lenta, injusta, que tenemos en general. Para eso, reformas como las que están en curso en muchos de nuestros países sobre el tema de los procedimientos, son esenciales; pues dichos procedimientos fueron concebidos en otras épocas y hoy sirven para la dilación, la obstrucción, la lentitud y, en definitiva, para que no se resuelvan las causas.

En consecuencia, el tema de la reforma procesal es un tema general de la reforma judicial, que ha conducido en muchos países, incluso, a buscar mecanismos alternos para la solución de disputas y de conflicto. En este sentido, el desarrollo de los sistemas de conciliación y de arbitramento que

ha llevado, incluso, que en algunos países se ha hablado de la privatización de la justicia, lo que persigue es garantizar el derecho de los particulares de acudir a medios de arbitramento o de solución de conflictos, sin tener que acudir a los órganos judiciales ordinarios. En tal sentido, inclusive, no debe olvidarse que la Ley del Régimen de la Administración de Justicia de la República de Colombia, (Colombia, Venezuela y Ecuador) de 1824 declaraba como un derecho constitucional y fundamental de los ciudadanos, el poder resolver sus conflictos por la vía del arbitramento, estableciendo incluso, la obligación, antes de acudir a la vía judicial ordinaria, de tratar de resolver las causas por la vía de arbitramento o de la conciliación. Ahora buscamos volver a estos mecanismos que, insisto, funcionan adecuadamente en muchos países pero que en otros, simplemente no funcionan como mecanismos alternos de la administración de justicia.

Por último, en este tema de la administración de justicia, el tema del acceso a la misma es otro de los grandes problemas relativos a la protección constitucional de los derechos en nuestros países. Tenemos consagrado en las Constituciones el derecho al acceso de la justicia; y tenemos consagrado en las Constituciones el derecho a la tutela judicial efectiva; pero sin embargo, no tenemos realmente asegurado el acceso a la justicia de todos, y grandes capas de la población, simplemente, ignoran que existen mecanismos de tutela judicial porque no tienen posibilidad de acceder a ellos para la solución de los conflictos, por lo costoso que es; por lo complicado que es; y porque el Estado no ha sabido establecer adecuados mecanismos de asistencia judicial, que se conocen y han sido desarrollados en los países europeos desde hace muchas décadas, pero que nosotros no hemos sido capaces de establecer, para permitir a todos la posibilidad de acceder a los órganos judiciales.

Por supuesto, en nuestros países, el deterioro del Poder Judicial es un deterioro de muchas décadas, de muchas generaciones sobre lo cual incluso, hay crónicas del siglo pasado. En Venezuela, por ejemplo, esas crónicas muestran la situación del deterioro del Poder Judicial que, cambiando la fecha, podrían perfectamente aplicarse a estos años en los cuales estamos viviendo.

Sin embargo, el programa de reforma del Poder Judicial, siendo el tema más importante para la efectiva protección de los derechos constitucionales, es de todos modos un tema que requiere ejecución por un largo plazo. El

cambio sistemático del Poder Judicial y de la forma de administrar justicia, no es una tarea ni siquiera de una generación, sino de varias generaciones, siempre que se tenga conciencia de la necesidad de establecer estos mecanismos y de que se inicie su reforma.

B. Las garantías judiciales específicas de los derechos fundamentales

Aparte de las garantías genéricas de los derechos fundamentales de carácter judicial, en América Latina hemos venido desarrollando un conjunto de garantías judiciales específicas expresamente destinadas a la protección de los derechos constitucionales, como es la institución del amparo, de la tutela o de la protección constitucional; y además garantías judiciales específicas de protección de toda la Constitución, incluyendo los derechos, que en muchos países se han venido desarrollando, como son los sistemas de control de la constitucionalidad e incluso de establecimiento de una jurisdicción constitucional.

Me refiero rápidamente a estos dos mecanismos y al desarrollo que han tenido en las últimas décadas en nuestros países.

1. El amparo a los derechos fundamentales

a. Una institución latinoamericana

En primer lugar me refiero a la institución del amparo constitucional, o la tutela, como se le llama en la Constitución colombiana o al recurso de protección, como lo califica la Constitución chilena que son las dos Constituciones que le dan una denominación distinta, al resto en todos nuestros países donde se habla del amparo.

Podemos decir, incluso, que el amparo, como medio específico de protección de los derechos fundamentales, es una institución latinoamericana. Sin embargo, a veces tendemos a tratar de buscarle antecedentes en Europa, particularmente en el derecho español antiguo; pero la verdad es que allí lo que podremos conseguir son antecedentes de la institución de protección a la libertad personal, como es el hábeas corpus, que sí tiene por supuesto antecedentes en la propia Carta Magna inglesa del Siglo XIII.

Pero la institución del amparo, como mecanismo de protección específico de los derechos fundamentales, los latinoamericanos podemos reivindicarla como una institución nuestra, que se desarrolló en nuestros países y que existe en casi todos ellos. En efecto, además del hábeas corpus como mecanismo de protección de la libertad personal, en general tenemos para la protección de todos los otros derechos e, incluso, en algunos países, de la propia libertad personal, el recurso o la acción de amparo o la acción de tutela. Incluso, en las últimas décadas cinco Constituciones han incorporado, a los mecanismos de protección de los derechos, además del amparo y del hábeas corpus, el hábeas data, como un mecanismo específico de protección de las personas frente a los archivos y frente a los bancos de datos que lleva el Estado. En las Constituciones de Argentina (art. 96), Brasil (art.5, LXXII), Ecuador (art. 30), Paraguay (art. 135) y Perú (art. 208,3), expresamente se ha establecido como una acción de las personas para tomar conocimiento de los datos que sobre ellas puede haber en los archivos públicos o en los bancos de datos públicos y privados, configurándose incluso como una acción para exigir la rectificación, la confidencialidad, la actualización o la supresión de determinados datos que puedan estar en esos archivos y que violen los derechos y garantías de las personas. Estos son, insisto, mecanismos de protección que los latinoamericanos podemos reivindicar como de origen latinoamericano.

b. La definición del amparo en la Convención Americana

En este sentido, nuestra Convención Americana de los Derechos Humanos establece un parámetro adecuado y bien importante sobre este mecanismo efectivo de protección, que es el amparo. El artículo 25 de la Convención, como sabemos, precisa que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en las leyes y en la propia Convención Americana. De esta norma, que sigue la misma línea de redacción del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que también utiliza, más o menos, el mismo lenguaje, se derivan los contornos que debe tener esta acción de protección de los derechos fundamentales, en el derecho interno.

En primer lugar, se concibe al amparo como un derecho fundamental, es decir, como un derecho en sí mismo. Se indica que toda persona tiene

derecho a un recurso; no es que toda persona tiene una garantía adjetiva a un recurso o a una acción de protección, sino que toda persona tiene derecho a un recurso de protección. Por ello, en realidad, frente a lo que estamos es en presencia de un derecho fundamental de carácter constitucional de las personas, a tener a su disposición un medio judicial efectivo, rápido y eficaz de protección. Además, la Convención habla de toda persona, es decir, sin distingo de ningún tipo: personas naturales, personas jurídicas, nacionales, extranjeras, hábiles, no hábiles; es decir, toda persona, en el sentido más universal tienen estos mecanismos de protección.

En segundo lugar, los mecanismos pueden ser variados. La Convención habla de un medio efectivo, rápido, sencillo, de cualquier clase. Por ello, en realidad, puede ser cualquier medio judicial, y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo, es decir, no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo sino que puede ser un conjunto de medios de protección, como por ejemplo sucede en el derecho angloamericano (writs).

Además, la Convención señala que la acción puede interponerse ante cualquier tribunal competente, de lo que resulta que la intención de la Convención es que no se trata de un solo tribunal el competente. Ello, por supuesto lo establece el ordenamiento interno, pero la idea es que esta sea esencialmente la función del Poder Judicial. Como sucede por ejemplo, en Inglaterra donde el amparo existe sin que se le llame "amparo". Allí todos los días los jueces dictan mandamientos de mandamus, injunctions, prohibitions, órdenes, es decir, todos los tipos de decisiones judiciales que equivalen al amparo en América Latina. Sin embargo, esto es parte de la cotidianidad del juez, sin que tenga una característica adjetiva especial.

Por otra parte, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales, en la Convención se establece para la protección de todos los derechos constitucionales que estén en la Constitución, en la ley o en la propia Convención. Por ello, aquí entra con todo su valor la cláusula enunciativa de los derechos, que los protege aun cuando no estén enumerados en los textos, pero que siendo inherentes a la persona humana, a la dignidad de la persona humana, son objeto de protección constitucional.

Además, la protección que regula la Convención, es contra cualquier acto, omisión, hecho, o actuación que viole los derechos y, por supuesto,

también que amenace violarlos, porque no hay que esperar la violación para poder acudir al medio de protección. Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación de quien sea. Es decir, no hay acto ni actuación alguna excluidas del amparo, de quien sea, de los particulares y de los poderes públicos, en cualquier forma, ley, acto administrativo, sentencia, vía de hecho, actuación, u omisión. Ese es el parámetro de la Convención Americana.

2. Los casos de reducción de la amplitud del amparo

Ahora bien, frente a este parámetro de universalización del amparo que consagra la Convención Americana, debe destacarse y constatarse en América Latina, el lamentable proceso de restricción legislativa del amparo; que teniendo una concepción amplísima en el texto de la Convención Americana, en general, en muchos casos lo hemos restringido.

a. Reducción respecto de los medios judiciales de protección

En primer lugar, en muchos países hemos convertido el amparo, de un derecho constitucional que es, en una acción judicial, es decir, en un medio o remedio adjetivo específico. Lo hemos reducido a una acción o a un medio judicial específico, sea recurso de protección, sea acción de tutela, sea acción de amparo o hábeas corpus o hábeas data, cuando en realidad, la universalidad de los medios judiciales es la que tendría que servir para la protección efectiva y rápida de todos los derechos como, insisto, sucede en países donde no se conoce nada parecido a una “acción de amparo”, como en Inglaterra, en Francia, o en Italia, donde no hay nada que se llame “acción de amparo”, pero donde hay mecanismos adecuados para la protección efectiva de los derechos en cualquier proceso. Otros países, sin embargo, si lo conciben como un derecho y lo han desarrollado con estas características, como es el caso de México y de Venezuela e, incluso, en mi criterio es el caso de Colombia.

b. Reducción respecto a la legitimación activa

Una segunda reducción del ámbito del amparo, puede constatarse en la legitimación activa, respecto de quienes son las personas protegidas.

En general, el amparo se ha concebido como un medio de protección de carácter personalísimo, que beneficia al reclamante, y cuyos efectos no se extienden a terceros. De allí se plantea el problema de la protección de los derechos colectivos, cuya iniciativa de protección se atribuye, en general al Defensor del Pueblo. Sin embargo, la duda se plantea respecto a si pueden las propias colectividades ejercer la acción de protección.

Por otra parte, está por clarificarse cómo quedan los intereses difusos sobre todo cuando se habla de derechos de tercera generación, como el derecho a la protección del medio ambiente. En esta materia, la legitimación tiene que irse construyendo.

Otro aspecto relativo a la legitimación es la indicación de que la acción de amparo la tiene toda persona lo que implica que también pueden ser accionantes, las personas de derecho público que también tienen derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, el derecho al debido proceso, o el derecho a la defensa. Por ello, las entidades públicas pueden ser perfectamente titulares de la acción, por lo cual el tema del amparo no se plantea sólo frente al Estado, sino que pueden ser los entes públicos los que lo exijan. Incluso, en algunos países puede considerarse que existe un amparo constitucional de garantías constitucionales de carácter político territorial, que procede cuando las Constituciones garantizan, por ejemplo, la autonomía municipal. En estos casos se establece una garantía constitucional, por lo que no habiendo en las Constituciones nada que reduzca el amparo sólo a los derechos humanos, también los derechos constitucionales y garantías constitucionales establecidas en los textos a la autonomía territorial puede ser objeto de una acción de protección, por ejemplo, de un Estado de la Federación contra leyes federales. Esta situación se ha planteado en Venezuela donde hemos venido discutiendo en los Tribunales, sobre la protección constitucional de la garantía a la autonomía municipal, como objeto de una acción de amparo.

c. Reducción respecto a los derechos protegidos

El tercer tema de reducción de la protección constitucional que a veces hemos encontrado, es la reducción respecto de los derechos protegidos. De acuerdo a la Convención Americana, todos los derechos son protegibles por la acción de amparo: los derechos del hombre, los derechos humanos, los derechos de las personas morales y los derechos, incluso, de personas institucionales de carácter constitucional.

El elenco de los derechos es completo para su protección; sin embargo, en algunos casos por la influencia del modelo europeo de acción de amparo, particularmente de Alemania y España, se ha reducido el objeto protegido en cuanto a los derechos protegidos sólo respecto a unos derechos enumerados en el texto constitucional. Así se constata, por ejemplo, en la Constitución Alemana, donde sólo se admite al amparo sobre lo que en ella se llama “derechos fundamentales” que son una especie del género derechos constitucionales. En España también se enumeran, expresamente, cuales son los derechos que pueden ser protegidos por el amparo. Nada de esto surge de la Convención Americana ni de la generalidad de las Constituciones de América Latina, donde todos los derechos son amparables.

Sin embargo, encontramos excepciones. Es el caso de Chile, donde la Constitución enumera cuáles son los derechos objeto de la acción de amparo, y es el caso de Colombia, cuya Constitución también trae una enumeración respecto de los “derechos fundamentales” objeto del amparo, quizás por influencia europea. Sin embargo, afortunadamente los tribunales de la República han venido corrigiendo esta restricción a través de una interpretación constitucional, de manera que hoy por hoy, casi no hay derecho constitucional que no pueda ser tutelable, como se denomina en Colombia.

d. Reducción respecto de la competencia judicial

Otra reducción que se ha venido constatando en algunos países respecto de la protección constitucional, se refiere a la reducción de los tribunales competentes para amparar, o para tutelar. Hemos señalado que es una función esencial del Poder Judicial el proteger los derechos fundamentales; en ello consiste el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al acceso a la justicia; de manera que todos los tribunales tendrían que tener competencia para poder amparar y proteger los derechos fundamentales.

Sin embargo, en algunos países de América Latina hemos visto la reducción del amparo al asignarlo sólo como una competencia de un solo tribunal, particularmente de las Cortes Supremas. Es el caso de Panamá, Costa Rica, de El Salvador, de Nicaragua donde sólo la Corte Suprema es competente para conocer de la acción de amparo. Quizás también en estos casos por una influencia del modelo europeo —Alemania, España— que atribuye el conocimiento de la acción de amparo a un sólo Tribunal Constitucional.

En todos los otros países de América Latina la acción de amparo tiene una característica difusa, en el sentido de que es un poder que se atribuye, en general, a los tribunales de primera instancia o a los tribunales de circuito, pero no se concentran en un solo órgano. La concentración en un solo órgano del conocimiento del amparo, como una acción específica, en definitiva, lo que hace es restringir el acceso a la justicia para la efectiva protección de los derechos.

e. Reducción respecto de la legitimación pasiva

Otro ámbito de reducción se refiere a la legitimación pasiva, es decir, contra quien se puede intentar la acción de amparo. Por supuesto, en su origen, como señalamos, la acción de protección, de amparo o de tutela se la concibió siempre como un mecanismo de protección frente al Estado. Sin embargo, la universalización progresiva de la institución del amparo ha venido admitiendo que pueda intentarse, también, contra los particulares, ya que no sólo procede frente a la lesión a los derechos que puede provenir de los entes públicos, sino también de los otros particulares. En esta forma, en América Latina se admite amplísimamente la acción de amparo contra los particulares, lo que no sucede en Europa, donde el amparo sólo se ejerce, básicamente, contra los poderes públicos.

Sin embargo, alguna restricción a este principio de la universalidad, característico de América Latina, se puede detectar a los efectos de su reforma o perfeccionamiento. Por ejemplo, la reducción de la posibilidad de la acción de amparo contra particulares, sólo respecto a ciertos particulares, como son aquellos que actúan por delegación ejerciendo funciones públicas, o que cumplen algún tipo de prerrogativa, o tienen una posición de dominio, por ejemplo, en la prestación de servicios públicos como son las empresas concesionarias. En este sentido, legislaciones como las de Costa Rica, Guatemala y Colombia, admiten que se pueda intentar acción de amparo sólo contra esos determinados particulares.

Otros países simplemente excluyen totalmente la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo contra particulares, siguiendo el modelo europeo, como es el caso de México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua.

Pero aparte de estos casos de reducción, el resto de los países de América Latina tiene una amplísima admisión del amparo contra particulares;

lo cual por lo demás se inició en América Latina, concretamente en Argentina a partir de los años 50, donde por vía pretoriana se admitió la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo contra particulares.

f. Reducción respecto de ciertas entidades y actos estatales

Otro ámbito de reducción del amparo que contrasta con la universalidad que deriva de la Convención Americana, se refiere a los actos del Poder Público que puedan ser objeto de amparo. Conforme a la Convención y a la configuración universal de la acción de amparo, no puede ni debe existir ningún acto del Estado que escape de su ámbito. Si el amparo es un medio judicial de protección de los derechos, lo es y tiene que serlo frente a cualquier acción pública; por lo que no se concibe que frente a esta característica universal del amparo, pueda haber determinadas actividades del Estado que queden excluidas a la posibilidad del ejercicio de una acción de amparo.

Sin embargo, en América Latina puede detectarse una lamentable tendencia a exclusiones. En primer lugar, a excluir del amparo los actos de ciertas autoridades públicas. El caso, por ejemplo, de los organismos electorales, cuyos actos en algunos países como Perú, Costa Rica y Uruguay, se excluyen expresamente de la acción de amparo. En otros casos, por ejemplo, en el mismo Perú, se prevé una exclusión respecto a los actos del Consejo Nacional de la Judicatura.

También, hay otra tendencia a excluir del amparo a ciertos actos estatales, lo que se ha planteado particularmente en relación a las leyes y las decisiones judiciales. Algunos países como por ejemplo, Perú, Colombia, Brasil y Uruguay, excluyen la posibilidad de ejercer la acción de amparo contra leyes, es decir, contra normas.

En otros, en cambio, como en México donde tiene su inicio el amparo contra normas y Venezuela por ejemplo, se admite ampliamente el ejercicio de la acción de amparo contra leyes, como una especie de control difuso de la constitucionalidad por vía de acción, no sin dudas jurisprudenciales.

En otros casos, la restricción se ha establecido en materia de amparo contra decisiones judiciales. También el juez, al dictar su sentencia, puede lesionar un derecho constitucional; ningún juez tiene poder para, en su

sentencia, violar un derecho constitucional. Por tanto, también contra las sentencias debería admitirse la acción de amparo, la cual se admite, en efecto, en muchos países de América Latina, más de la mitad de ellos. En otros, en cambio, se excluye expresamente la acción de amparo contra sentencias, como es el caso de Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Honduras y Nicaragua. En otros países, como en Colombia, si bien se incorporó expresamente en la norma reglamentaria de la tutela en el Decreto Ley regulador de la misma, en una desafortunada sentencia del Tribunal Constitucional de 1992 se anuló el artículo del Decreto Ley que regulaba la acción de tutela contra sentencia. Sin embargo, posteriormente, la labor tanto del propio Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, el Consejo de Estado y de los Tribunales de Instancia, a pesar de la anulación de la norma, ha sido progresiva en admitir, por vía de interpretación, la acción de tutela contra sentencias.

En todo caso, concebido como está la acción de amparo en la Convención Americana, es una institución de regulación universal, que por tanto, no puede admitir exclusiones de ningún tipo: nadie debería poder escapar a la protección constitucional del amparo o tutela y ningún acto del Estado podría quedar excluido de la acción de amparo.

3. La garantía judicial del control de la constitucionalidad

La segunda de las garantías judiciales específicas, también de arraigo latinoamericano, aparte del amparo o tutela, es la garantía del control de la constitucionalidad de las leyes y que protege todo el texto de la Constitución, además de los derechos constitucionales garantizados en ella.

América Latina también puede mostrar al mundo y al derecho constitucional contemporáneo un modelo de justicia constitucional mucho más antiguo que el modelo que inventó Kelsen en 1920, en Europa, al establecer en la Constitución austríaca y luego en la Checoslovaca, la figura del Tribunal Constitucional. Muchas décadas antes de las concepciones de Kelsen, la garantía efectiva de la Constitución y la garantía judicial de la supremacía de la Constitución se habían establecido en América Latina, donde en muchos países tenemos una acción popular de inconstitucionalidad establecida, por ejemplo, desde 1858, como es el caso de Venezuela.

Lo fundamental es que el proceso de constitucionalización de la justicia, e incluso, de la jurisdicción constitucional tan característico de

América Latina, ha sido consustancial al constitucionalismo moderno. En América Latina, nuestros constituyentes, desde el siglo pasado, tomaron del constitucionalismo norteamericano el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que es uno de los principios fundamentales de nuestro constitucionalismo, el cual se fue incorporando progresivamente en muchas Constituciones como una institución de protección autóctona de América Latina, en paralelo al establecimiento, también desde el siglo pasado, de la acción directa de inconstitucionalidad para conocimiento por parte de un Tribunal Supremo. En esta forma, dentro de este proceso de garantías judiciales específicas de la Constitución y de los derechos que en ella están contenidos, se destacan los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes.

a. El control de la constitucionalidad como institución latinoamericana

En primer lugar, se destaca el control de constitucionalidad de las leyes inspirado en el constitucionalismo norteamericano que, por deducción, se estableció en la famosa sentencia *Marbury contra Madison* de 1803 de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Pocas décadas después, dicho sistema de control difuso de la constitucionalidad se adoptó en América Latina, también por vía pretoriana. Fue el caso, por ejemplo, de Argentina donde se siguió exactamente el modelo norteamericano. Sin embargo, luego se incorporó a los propios textos constitucionales siendo así una institución típicamente latinoamericana el hecho de que la Constitución diga que cualquier juez, en el conocimiento de cualquier causa, puede decidir no aplicar al caso concreto que debe decidir, una ley que juzgue inconstitucional, aplicando preferentemente el texto constitucional. Esto no es sólo consecuencia de una deducción del principio de la supremacía constitucional, sino de una norma expresa en Constituciones o en leyes, adoptadas desde el siglo pasado, como es el caso de Colombia (1910) y Venezuela (1897). En textos expresos en esos países se establece y permite a todo juez que al decidir un caso concreto, inclusive de oficio —esto lo distingue el sistema norteamericano—, puede resolver no aplicar una ley si considera que viola la Constitución o un derecho constitucional, declarándola así inconstitucional, por supuesto, con efectos en relación con el caso concreto. Este es el sistema de control de la constitucionalidad que existe desde el siglo pasado en Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, Colombia, Venezuela y Guatemala, el cual mezclado con otro sistema o aisladamente,

tradicionalmente ha sido el sistema de control de constitucionalidad característico de América Latina.

b. El control concentrado de la constitucionalidad por las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales

Paralelamente al sistema difuso de control, también han tenido gran arraigo en América Latina, los sistemas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, que se han establecido desde el siglo pasado, conforme al cual se ha atribuido a las Cortes Supremas de muchos de nuestros países, por ejemplo, Venezuela, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Brasil, la competencia para conocer de las acciones de inconstitucionalidad de las leyes, con poderes anulatorios.

Las Cortes Supremas han sido así, en América Latina, la jurisdicción constitucional por excelencia. Y si bien en otros países, por influencia europea, a partir de la década de los sesenta, se han creado Tribunales Constitucionales, la experiencia ha demostrado que no es necesario crear un Tribunal Constitucional a la usanza europea, para tener una jurisdicción constitucional con los mismos poderes.

En todo caso, la idea de un Tribunal Constitucional, como se dijo, como institución aparte de la Corte Suprema de Justicia, también ha tenido acogida en América Latina, de manera que paralelamente a las Cortes Supremas que actúan como tribunales constitucionales, progresivamente desde la Constitución de Guatemala de los años 60, y luego en Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú se han venido apareciendo Tribunales Constitucionales especiales, creados aparte de la Corte Suprema de Justicia, para resolver sólo las cuestiones de constitucionalidad.

En algunos casos, países como Colombia, se había creado una Sala Constitucional de la Corte Suprema que luego dio origen al Tribunal Constitucional. Salas Constitucionales de la Corte Suprema también existen en Costa Rica, con una función muy activa, y en El Salvador. En otros países han surgido propuestas de reformas, como en el caso de Venezuela, para crear una Sala Constitucional en la Corte Suprema a los efectos de agilizar los procesos constitucionales.

III. EL DESARROLLO DE GARANTÍAS INSTITUCIONALES: EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por último y en tercer lugar, dentro de los mecanismos de fortalecimiento de los medios de protección de los derechos fundamentales, aparte del tema de la ampliación y universalización de las Declaraciones de Derechos y del tema de las garantías judiciales y de su expansión o restricción, debe destacarse una situación más reciente en América Latina, con el desarrollo de garantías institucionales de los derechos humanos derivada de la creación de la figura de los Defensores del Pueblo o de los Defensores de Derechos Humanos, que progresivamente se han ido incorporando e institucionalizando en muchas de nuestras Constituciones. Se trata de la idea de que en los sistemas constitucionales debe preverse la existencia de un alto funcionario del Estado, cuya misión esencial es la de velar por la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

En las últimas décadas esta figura comienza a ser tradicional en el constitucionalismo de América Latina.

En efecto en la Constitución de Venezuela de 1961, se incorporó dicha figura pero vinculada al Ministerio Público, atribuyéndose expresamente al Fiscal General de la República, la misión de velar por la vigencia y respeto de los derechos y libertades públicas. Sin embargo, dicha tarea no ha sido lo efectiva que podía haber sido, habiéndose hiperdesarrollado las tareas del Ministerio Público en relación con las de específica protección de los derechos humanos.

En contraste, el progresivo desarrollo del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas ha tendido hacia la creación de una institución aparte del Ministerio Público, para velar por la vigencia de los derechos humanos, dotada de autonomía funcional y de nombramiento parlamentario. En esta forma, actualmente tenemos el ejemplo de nueve Constituciones de América Latina, donde se consagra expresamente la figura del Defensor del Pueblo, del Defensor de los Derechos Humanos y, en otros casos, incluso sin previsión constitucional, como en Costa Rica, donde por ley se ha creado una figura similar.

En todos esos casos, esta institución tiene una distinción respecto de lo que podría ser el modelo original que es el del Ombudsman escandinavo, el

cual fue concebido como mecanismo parlamentario de protección de los derechos frente a la Administración, producto en cierta forma de la lucha entre el Ejecutivo y el Parlamento, lo que obligó a este último a establecer un Comisionado Parlamentario para vigilar la Administración del Estado. Sin embargo, en el caso de la institución latinoamericana, ya no se trata de un Ombudsman con la característica inicial, sino de un órgano con autonomía funcional que aun cuando es de nombramiento parlamentario, no está sometido al Parlamento ni responde a instrucciones parlamentarias. Tiene, por tanto, independencia frente a los Poderes del Estado en general y con lapso de duración generalmente coincidente con el período constitucional. Tiene, además, una característica importante en América Latina, y es que goza de legitimación para intentar acciones de protección de carácter procesal, es decir, acciones de amparo o acciones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, en América Latina, puede decirse que sigue el modelo europeo vinculado a la Administración Pública, el caso de la Constitución de Argentina (art. 86), donde el Defensor del Pueblo es un Defensor frente a la Administración, que tiene por objeto la protección de los derechos humanos ante hechos, actos u omisiones de la administración pública y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

En el resto de los países donde se ha consagrado la figura del Defensor del Pueblo o del Procurador para Defensa de los Derechos Humanos, no se especifica en forma alguna que la tarea de protección se deba ejercer en relación con la administración del Estado o al Poder Ejecutivo, sino frente a la universalidad de actores que puedan atentar contra los derechos humanos. Es el caso de las Constituciones de Colombia, Ecuador, El Salvador y Paraguay, aun cuando en algunos casos se lo atribuye al Ministerio Público como es el caso de la Constitución venezolana, y como sucede particularmente en Colombia y El Salvador, donde el Defensor de los Derechos Humanos o Derechos del Pueblo se vincula al Ministerio Público. En otros casos, aún cuando independiente del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o Procurador de los Derechos Humanos, como sucede en Perú, Bolivia y Guatemala, además de la protección de los derechos en cualquier forma, tiene la tarea expresa de protegerlos frente a la Administración Pública, y de vigilar la actividad de esta.

IV. APRECIACIÓN FINAL

Como podemos apreciar de todo este panorama de fortalecimiento de instituciones de protección a los derechos humanos, América Latina en general nos muestra un elenco muy importante de instituciones de protección de los derechos humanos, muchas veces de carácter formal; muchas veces sin la efectividad que todos queremos; muchas veces sin que se hayan podido usar adecuadamente; pero que comparativamente, nos lo muestra también como uno de los sistemas de protección de los derechos humanos más completos del mundo occidental. El tema pendiente, por supuesto, es el de que no necesariamente la amplitud del modelo ha sido equivalente a la efectividad en su cumplimiento. Tampoco podemos negar que si analizamos las etapas históricas de nuestros países, en muchos casos han cumplido funciones fundamentales, a pesar de los vaivenes de los regímenes políticos.

En todo caso, uno de los grandes motivos de la inefectividad de los mecanismos de protección de los derechos humanos en nuestros países, ha sido precisamente el desconocimiento de su existencia, y de sus posibilidades; tanto por parte de los abogados, como de las personas que tienen a su cargo aplicar estos mecanismos. Muchos desconocen su existencia y toda la riqueza que tienen y que, comparativamente, ponen en evidencia que en otros países donde no están establecidos en forma expresa, sin embargo, los jueces han demostrado una mayor iniciativa o activismo que, a veces, nuestros jueces formales, inmersos en tantos códigos obsoletos, no llegan a entender.

Por eso, es importante la capacitación de personas interesadas y vinculadas al tema y que, por supuesto, asuman el reto de aplicar y difundir los conocimientos que sobre mecanismos de protección adquieran.