

## NUEVAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

Héctor GROS ESPIELL\*

Me baso en cierta forma y fundo mi exposición en muchos de los conceptos expuestos por mi querido amigo Jorge Carpizo en su conferencia magistral.

Yo voy a hacer algunas reflexiones conceptuales sobre puntos que me parecen esenciales en este panorama sobre los derechos humanos en América Latina en el periodo de tiempo cubierto por el seminario.

Debo confesar que hubiera preferido que esta mesa se llamara derechos humanos y no derechos fundamentales. Reconozco que la expresión derechos fundamentales está presente en muchas constituciones y que es utilizada por gran parte de la doctrina. Pero a mí no me gusta. Yo prefiero la expresión derechos humanos, porque hablar de derechos fundamentales, puede dar a entender que hay otros derechos humanos que no son fundamentales y que por lo tanto podrían violarse sin las consecuencias que tiene el violar un derecho humano. Un derecho humano, para mí, es siempre fundamental.

El carácter de fundamental deriva de la naturaleza de los derechos humanos, de su importancia determinante y global y no de una calificación relativizante.

Todos los derechos humanos deben ser garantizados y protegidos por el orden jurídico interno e internacional, teniendo en cuanto sus caracteres propios y particulares.

Garantizar unos y desproteger jurídicamente a otros es adoptar una actitud discriminatoria, negadora del carácter integral de los derechos humanos e ignorante de la dignidad inherente al ser humano.

\* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia.

Peo además, quiero destacar que los derechos humanos son patrimonio de todos los seres humanos. Protegerlos sólo respecto de los nacionales o ciudadanos, y negarlos en el caso de los extranjeros es discriminatorio e inhumano.

Por tanto con esa precisión inicial, de que yo hubiera preferido que esta mesa se llamara Derechos Humanos, comienzo mi exposición

Primer tema. La cuestión de las generaciones de derechos en materia de derechos humanos es un tema que evidentemente nació, y que hoy está generalmente reconocido, el de la existencia de una primera generación, que algunos dicen que son los derechos civiles y políticos, de una segunda generación que unos afirman que son los derechos económicos, sociales, y culturales y una tercera generación que comprendería los nuevos derechos, como, por ejemplo, el derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo, etcétera.

Si no me equivoco el primero que usó la expresión de “generaciones”, aplicada a los derechos humanos fue Karel Vasak.

Y él mismo ya hoy expresa dudas al respecto. En el último trabajo que escribió sobre el tema, que se llama “Revisando mi concepción de las generaciones de derechos humanos”, dice que, o damos una nueva definición al concepto de “generación”, o eliminamos esa terminología. ¿Por qué? Porque una generación según el diccionario, implica la extinción de la anterior. Y en materia de derechos humanos los nuevos derechos que van surgiendo, no extinguen los anteriores que, al contrario, mantienen su plena y total vigencia. Se van sumando, en una concepción expansiva que responde a la idea de las nuevas y siempre renovadas necesidades humanas individuales y colectivas.

Si no recuerdo mal un artículo de Jorge Carpizo de hace como 20 o 25 años, calificaba a los derechos cuyo reconocimiento iba naciendo, como nuevos derechos humanos. Creo que es correcto. Los derechos humanos no se crean porque una disposición o una norma lo establezca. Se va reconociendo jurídicamente la existencia de nuevos derechos que las necesidades del hombre y de la humanidad van haciendo necesario que se declaren y precisen. Por suerte, en el derecho constitucional comparado de América Latina de los últimos años, la idea de las generaciones ya está en decadencia. No se ha utilizado esa terminología.

Hablemos de derechos humanos ampliados, consecuencia de las nuevas necesidades humanas individuales y colectivas.

Creo que es muy importante, a este respecto, señalar una nueva tendencia, ésta sí sólidamente anclada en la realidad, que ha superado lo que en los años cincuenta, constituía una antinomia. Yo me acuerdo que en las reuniones de la Unesco de los años cincuenta se decía que un derecho individual no podía ser al mismo tiempo un derecho colectivo y reunido aquel gran administrativista francés Jean Rivero, que en un coloquio de la Unesco, demostró que no había ninguna antinomia en afirmar que un mismo objeto puede ser la materia de un derecho individual y un derecho colectivo, y esto se ha impuesto actualmente.

Hoy en día —y creo que esta es una de las características del derecho constitucional comparado y del derecho internacional se reconoce— la existencia de derechos humanos individuales, atribuidos a la persona humana individual y de derechos humanos de tipo colectivo, que pueden y deben coexistir. Los pueblos, las minorías, los pueblos indígenas, ciertos sectores de la sociedad excluida y discriminada, poseen derechos colectivos que deban ser protegidos y garantizados. Y creo que es un proceso de avance ir haciendo crecer de forma paralela la protección y las garantías de los derechos humanos individuales de los derechos humanos colectivos.

En el caso de América Latina, como se acaba de destacar, es muy grande la importancia de los pueblos autóctonos o los pueblos indígenas, a los cuales se les deben reconocer derechos propios y específicos. Es un problema no sólo de América Latina, pero que tiene especial relevancia y una singular gravedad en nuestro continente.

Otro tema fundamental hoy, es darse cuenta de que todos los derechos humanos son universales, interdependientes y se condicionan unos a otros.

La tendencia que niega la universalidad de los derechos humanos, basada en la afirmación de las particularidades regionales, religiosas o filosóficas, en el fondo lleva a destruir la idea misma de los derechos humanos. Por tanto la universalidad de los derechos humanos y su reconocimiento es un elemento de carácter esencial para la conceptualización de los derechos humanos.

Pero además, todos los derechos humanos se intercondicionan recíprocamente. No puede haber libertad si no hay reconocimiento y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. No puede haber derechos económicos, sociales y culturales en la realidad, si no hay libertad. Por tanto esta idea global, totalizante y universal, de los derechos huma-

nos constituye un imperativo en el ámbito nacional y en el internacional. Es decir en el ámbito del derecho internacional y a nivel del derecho interno.

Pero al mismo tiempo esta conclusión nos lleva a otra, que creo que, sobre todo respecto de algunas desviaciones que a mi juicio se están produciendo en el derecho constitucional latinoamericano, hay que señalar.

En tren de su reivindicación, no puede sectorizarse la titularidad de los derechos humanos y, sobre la base de que antes gozaban de derechos humanos sólo un privilegiado grupo de la población, garantizarlos únicamente para otro grupo, que antes era el perjudicado. Los derechos humanos son de todos. De aquéllos respecto de los cuales se los reconocían ayer, como respecto de aquéllos a los que se les negaban ayer. La sectorización de la plenitud de los derechos humanos es un peligro latente y creciente. Tienen tantos derechos humanos los miembros de la mayoría gobernante como los miembros de la minoría opositora. No pueden tener más derechos unos que otros. Los derechos humanos son de todos y para todos.

Esto con una salvedad que siempre me ha parecido sumamente importante. Las desigualdades deben ser encaradas con tratamiento desigual, en función de un objetivo final de igualdad. El principio de igualdad no significa tratar siempre de manera igual a todos, sino de manera compensatoria, justa y equilibrada a unos y a otros, para equilibrar mediante el derecho, las desigualdades.

Y esto me lleva a una conclusión que siempre me ha parecido de especial interés y relevancia y que debería ser aplicada y destacada en el Derecho constitucional latinoamericano. Es el criterio, afirmado en un artículo de la constitución italiana de 1947, que dice: "El Estado promoverá la remoción de los obstáculos económicos y sociales a la igualdad". Es una idea que se encuentra también en el artículo 9 de la Constitución Española. Quiere decir que la lucha para abatir los obstáculos existentes de carácter económico y social a la igualdad, debe ser considerada como una obligación ineludible del Estado.

Otro punto es la necesaria complementariedad, hoy ineludible complementariedad, de la protección interna con la protección internacional. En el mundo en que vivimos, la protección constitucional de los derechos humanos si no corre paralela con la protección internacional es ineficaz. Quiere decir que debe haber un ineludible control internacional sumado

al control interno. Esto es un imperativo moral, político y jurídico del mundo en el que vivimos.

De ello resulta una consecuencia que no la he visto desarrollada con la profundidad que creo que es necesaria. Es la crítica, relativa y racional, al criterio de subsidiariedad del derecho internacional respecto del derecho interno en la protección internacional de los derechos humanos. Las exigencias draconianas que existían antes, de que es absolutamente necesario agotar los recursos internos para acceder a la jurisdicción internacional, creo que debe ser cada día más relativizada y ajustada a las exigencias de la realidad actual. Es decir no cerrar la posibilidad de acceso al control internacional por cuestiones meramente formales, con una posición radical respecto de la exigencia del agotamiento de los recursos internos sino por el contrario, abrir las puertas de una manera racional, a la posibilidad efectiva de control internacional.

Último punto general antes de extraer alguna conclusión.

Se trata de afirmar la complementariedad ineludible de los conceptos de democracia y derechos humanos. Creo que eso se ha ido expresando en el derecho constitucional latinoamericano, Pero hay que reafirmarlo más, conceptual y doctrinariamente.

Sin democracia no puede haber realidad efectiva de los derechos humanos, de todos los derechos humanos. Pero al mismo tiempo, sin respeto de los derechos humanos, no puede haber democracia. Siempre me pareció uno de los grandes disparates históricos definir a la democracia únicamente como un sistema electoral por el cual el pueblo elige libremente a sus gobernantes. Si eso no se complementa, como muy bien lo dijo Carpizo, con el respeto total de los derechos humanos, no hay democracia. Por tanto equilibrio y relación complementaria total, de los dos conceptos: democracia y derechos humanos.

Y para terminar, creo que podemos hacer dos afirmaciones conclusivas.

Ha habido un primer periodo, el del renacimiento democrático. La ola que nos trajo la vuelta a la democracia política y Dios quiera que no tengamos —que no se produzca— una ola de retroceso y de vuelta, de retorno a regímenes autoritarios y antidemocráticos. Pero lo cierto es que ha habido históricamente en América Latina un periodo de progreso democrático, por lo menos formal, en casi todo el continente, en el lapso considerado en este seminario.

Pero a este periodo de recuperación democrática, prácticamente general en casi toda América Latina, se ha unido otro de fundamental importancia actual y de incidencia trascendente en el futuro.

Es este un periodo —en el que estamos insertos, como en el anterior— de reafirmación y de profundización de los enfoques sociales, de lucha contra la pobreza, las discriminaciones y las exclusiones y de especial reconocimiento de la situación de los problemas de los indígenas originarios y de los grupos vulnerables, para avanzar en la consagración de la justicia y de la igualdad.

A esto se une, en este lapso, la consideración especial por el derecho constitucional de los problemas del medio ambiente, de la biodiversidad y de la bioética.

Por último, la consideración, en algunos Estados, con realidades democráticas y culturales muy especiales, del tema del reconocimiento del derecho indígena y de la forma de armonizar su aplicación con la del derecho republicano y decimonónico que se impuso en América desde la Independencia.

Otra conclusión, es la del reconocimiento en la importancia y de la necesidad de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos que, con mayor o menor intensidad, se ha venido produciendo en todo el continente latinoamericano.

A esto podría agregarse un tema, nacido en el derecho internacional pero con proyecciones en el derecho interno, que me parece importante.

Es el camino hacia el fin de la impunidad. El fin de la impunidad, que supone la revisión y el repensamiento de muchos conceptos de derechos clásicos del derecho internacional y del derecho penal. Por ejemplo, uno de los grandes avances del Estatuto de Roma que creó el Tribunal Penal Internacional, que no ha sido comentado con toda la generalidad y profundidad que merece, es el fin de la inmunidad jurisdiccional de los jefes de Estado y de gobierno ante el derecho internacional. Es una inmunidad que se acabó o que por lo menos está internacionalmente en proceso de liquidación. Quién iba a pensar hace cuarenta o cincuenta años que el presidente de Sudán —llegue a buen fin o no el proceso— podía ser acusado en cuanto jefe de Estado por delitos contra la humanidad. Es decir que ya no hay inmunidad de ningún jefe de Estado, para los países miembros del Estatuto de Roma. Ojalá que este proceso pueda culminar y universalizarse totalmente.

Hay otros conceptos en tren de revisión como el de la irretroactividad y de la prescripción de ciertos delitos, de particularísima generalidad, como los crímenes de lesa humanidad. Todo esto que requeriría, de un análisis separado y profundo que no es del caso hacer ahora, muestra la profunda intensidad con que el tema de los derechos humanos y su protección y garantía interna e internacional, ha producido y seguirá produciendo en el derecho constitucional de nuestra América.