

Los derechos fundamentales en Iberoamérica

Javier Pardo Falcón
Universidad de Sevilla

I. Ante todo una cuestión previa: el concepto de *derechos fundamentales*

“Todo detenido será puesto en libertad o entregado al Juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención, más el término de la distancia, en su caso”

“Toda persona detenida o amenazada de serlo o, en su favor, cualquier otro habitante de la República, podrá interponer verbalmente o por escrito ante el Tribunal competente, el recurso de Hábeas Corpus”

Las líneas que inician estas páginas podrían parecer a simple vista el reconocimiento y la garantía judicial del derecho a la libertad personal, en su esencial vertiente de libertad deambulatoria, hecha de manera solemne por la Constitución de cualquiera de los Estados democráticos que hoy existen en el mundo, y que lo son por reconocer los derechos fundamentales de sus ciudadanos y habitantes en general. Se trata, sin embargo, de los arts. 41 y 42 de la Constitución nicaragüense aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente en Managua el 14 de mayo de 1974, esto es, en pleno período de la dictadura de Anastasio Somoza Debayle, entre cuyos episodios más execrables destaca sin duda el asesinato en 1978, auspiciado impunemente desde el poder, del periodista Pedro Joaquín Chamorro, máximo responsable del diario *La Nación* y uno de los principales referentes de la oposición política al régimen.

Con ello no se pretende sino poner de manifiesto, ya desde el comienzo de esta exposición, que el concepto de *derechos fundamentales*, cualesquiera que sean los términos bajo los que pretenda designarse la idea que aquéllos representan, presupone, en primer lugar, la existencia de una Constitución que pueda considerarse como tal, es decir, que establezca una limitación del poder político; y, en segundo lugar, que posea realmente fuerza *normativa*, esto es, que se cumpla efectivamente en la práctica. No resulta por ello gratuito haber iniciado esta exposición sobre los

derechos fundamentales en Iberoamérica con dos artículos de la anterior Constitución de Nicaragua, ejemplo paradigmático de lo que el ilustre jurista alemán Karl Loewenstein llamaba, con particular expresividad, Constituciones *semánticas*, en las que el traje constitucional “no es en absoluto un traje sino un disfraz”¹. De este modo se refería a aquellos textos constitucionales cuyo objetivo fundamental no era otro que el de consolidar el poder de determinados estratos oligárquicos, imponiendo de hecho un sistema político de corte autoritario en el que, lógicamente, los derechos de la persona, incluso los más elementales, constituían un mero ejercicio de simulación.

Partiendo de la anterior premisa, el concepto de derechos fundamentales en el ámbito del derecho constitucional occidental posee un significado preciso que lo diferencia de otros conceptos afines que en determinados ámbitos suelen utilizarse a veces de manera indistinta, tales como los de *derechos humanos*, *derechos naturales*, *derechos individuales*, *derechos de la persona*, *garantías individuales*, etc. De gran utilidad para aproximarse al concepto de derechos fundamentales resulta la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En efecto, la DUDH reconoce a lo largo de su articulado derechos civiles o políticos típicos de la persona humana como el derecho a la vida, a la libertad y seguridad personal sin que nadie pueda ser sometido a tortura o esclavitud, a la personalidad jurídica y a la nacionalidad, a no sufrir discriminación, a la tutela judicial en el marco de un proceso justo donde se garantice la presunción de inocencia, a la privacidad personal y familiar, a la libre circulación, a buscar asilo, al matrimonio, a la propiedad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión, a las libertades de reunión y asociación o a la participación en el gobierno del propio país directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Junto a estos derechos, la DUDH reconoce también otros de contenido socioeconómico cuya vinculación con la dignidad de la persona humana parece innegable, como el derecho a la seguridad social, a un trabajo temporalmente limitado y equitativamente remunerado con vacaciones periódicas pagadas, a la protección contra el desempleo, a la libre sindicación, a la salud y el bienestar con especial asistencia a la maternidad y a la infancia, a la educación elemental gratuita o a la cultura.

Pues bien, aunque a menudo se piense lo contrario, no todos los derechos humanos proclamados en la DUDH tienen la consideración, en la cultura jurídica occidental que nos es propia, de derechos fundamentales. En efecto, entre nosotros suelen identificarse como derechos fundamentales exclusivamente aquellos dere-

1. *Verfassungslehre*, Tübingen, 1959; edición. española: *Teoría de la Constitución* (traducción de A. Gallego Anarbitarte), Ariel, Barcelona, 1965, pág. 219.

chos humanos no sólo reconocidos sino también garantizados en las respectivas Constituciones nacionales, que han de prever mecanismos o instrumentos diversos para asegurar la reintegración en su disfrute o ejercicio en el caso en el que los mismos resulten vulnerados por cualquier tipo de sujeto, público o privado. En consecuencia, por muy directa que sea la percepción que se tenga de la vinculación de un determinado derecho con la dignidad de la persona humana, carecerá del carácter de *fundamental*, jurídicamente hablando, si carece de garantías constitucionales suficientes que posibiliten su real y efectivo goce por sus titulares.

Esta configuración de los derechos como derechos fundamentales tuvo una muy temprana plasmación en los Estados Unidos, siendo comúnmente aceptado que el hito de tal circunstancia lo constituyó una Sentencia del Tribunal Supremo del año 1803 (caso *Marbury v. Madison*) en la que se afirmaba inequívocamente la supremacía de la Constitución de 1787 sobre la legislación del Congreso y la capacidad de los jueces del país para salvaguardar dicha supremacía. En Europa, por el contrario, el concepto de derechos fundamentales no empezaría a tomar forma hasta la Constitución de la República de Weimar de 1919, consolidándose definitivamente con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuyos artículos 1 y 19 contienen lo que podría denominarse el *estatuto* general de tales derechos, caracterizado por su vinculación general, eficacia directa, y –en lo que constituyen probablemente sus rasgos más definitorios– una tutela judicial y un *contenido esencial* indisponible incluso por el propio legislador, por más que éste sea portador de la voluntad de la mayoría política democráticamente expresada tras cada periodo electoral².

Desde esta perspectiva, muy pocos son los Estados del planeta, si es que verdaderamente existe alguno hoy, a los que podría corresponderles el indudable honor de haber conseguido la plena equiparación de los “derechos humanos” de la Declaración de 1948 con los “derechos fundamentales” configurados como tales en sus propios textos constitucionales. De hecho, existen Constituciones donde se diferencian expresamente unos y otros, pretendiéndose distinguir de entrada con ello su distinto nivel de protección y eficacia tanto material como jurídica. En realidad, tal diferenciación no constituye un ejercicio de cinismo sino, más bien al contrario, de puro realismo o si se quiere de honestidad constitucional, pretendiéndose con ello alejar lo más posible a la Constitución del disfraz semántico al que hacía referencia Loewenstein. Pues ¿cómo se puede calificar a un derecho como *fundamental* si desde un primer momento le negamos las mínimas garantías que aseguren un razonable y adecuado disfrute y ejercicio por sus beneficiarios? No deja de ser significativo a este respecto que, también bajo los auspicios de la ONU, el 19 de

2. Véase al respecto, P. Cruz Villalón: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 25, 1989, págs. 35-62.

diciembre de 1966 se aprobaran por separado en Nueva York el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de un lado, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, de otro; ambos dotados de unos órganos de garantía, el Comité de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social, respectivamente, con unas funciones de alcance muy desigual a favor del primero. Y es que no cabe engañarse: en el propio art. 28 DUDH se afirma con proverbial lucidez que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. En efecto, en esta estrecha conexión entre la estructura social existente en cada momento en una país determinado (la denominada Constitución *material*) y el efectivo disfrute de los derechos de la persona se encuentra el origen lógico de la diferenciación jurídica entre derechos humanos que además son fundamentales y los que se han quedado sólo en lo primero. Y no es en absoluto casual que los primeros que han empezado a adquirir ese carácter de fundamentales, como reflejo directo de la organización socioeconómica del mundo en que vivimos, sean en su mayoría, con algunas excepciones que varían según los países, los derechos típicos del Estado liberal burgués progresivamente reconocidos a nivel constitucional desde finales del siglo XVIII hasta el primer tercio del siglo XX: esto es, los derechos individuales y las libertades públicas de contenido civil y político que, a diferencia de los derechos sociales, no precisan en teoría de una especial intervención del Estado para hacer efectivo su disfrute y ejercicio entre los sectores social, cultural y económicamente más desfavorecidos de la población.

II. La implantación de los derechos fundamentales en el continente Iberoamericano

II. 1. *Un largo camino aún sin concluir*

En Iberoamérica esta distinción conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales no se planteó tan tempranamente como en el caso de Europa. Y no se planteó porque probablemente no tenía ningún sentido: de haberse efectuado, el número de derechos fundamentales en la mayor parte de Estados de la región con regímenes formalmente constitucionales a mediados del siglo XX podría contarse con los dedos de una mano, y de ellos los dos más representativos serían casi con toda probabilidad el derecho a la propiedad y a la libertad de iniciativa económica, que constituyen los principios constitutivos del sistema económico capitalista.

Tomando como punta de partida de nuestro análisis el periodo comprendido tras la finalización de la II Guerra Mundial –a partir del cual adquiere pleno significa-

do el concepto de derechos fundamentales—, las diferencias con el continente europeo no pueden ser más concluyentes. En Europa occidental se abre un período de paz social y prosperidad económica que será clave para la consolidación de los sistemas democráticos en la mayoría de los países con las señaladas excepciones de España, Portugal y, algún tiempo después, Grecia. Esta situación lleva incluso a la creación de instrumentos supranacionales para la garantía de aquellos derechos considerados ya como fundamentales en la conciencia jurídica de la Europa democrática: es el caso del *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que prevé un avanzado sistema de protección jurisdiccional a cargo de un Tribunal integrado por magistrados de los distintos países firmantes.

En los países iberoamericanos persiste en cambio una situación generalizada de desvertebración social —sobre cuyo origen habría que remontarse probablemente a la colonización europea y española— que se constituye, como acertadamente se ha afirmado, no en la consecuencia sino en la causa de la crisis estructural en la que se desenvuelven los mismos³. Como es lógico, dicha circunstancia hace inviable en términos generales la instauración de sistema constitucionales no ya “normativos”, sino, en la mayoría de los casos, ni siquiera con un mínimo de continuidad. Así, a excepción de Estados como Chile y Costa Rica, que van a contar con regímenes constitucionales equiparables en su funcionamiento a los europeos, o Puerto Rico, cuya Constitución de 1952 formalizará su condición de Estado Libre Asociado a los Estados Unidos, el resto sufre a los largo de los años cincuenta y sesenta períodos de gobiernos autocráticos o directamente militares que alteran el orden constitucional existente o hacen tabla rasa del mismo en un contexto marcado por la inestabilidad social y política, además de por un déficit democrático en las instituciones arrastrado desde la misma declaración de independencia. Excepcionalmente en algún otro, como Cuba, el triunfo de la revolución liderada por Fidel Castro acabará dando paso a un sistema político también autoritario pero de inspiración socialista y economía centralizada que otorgará una preeminencia casi plena a los derechos sociales sobre los derechos y libertades clásicos, a partir por tanto de unos fundamentos jurídico-políticos absolutamente ajenos a los principios esenciales del constitucionalismo liberal-democrático.

Las circunstancias anteriores no van a ser óbice, sin embargo, para que en 1969 se apruebe en el marco de una Conferencia especializada la *Convención Americana de Derechos Humanos*, que va a seguir muy de cerca el modelo dogmático

3. Así, M. Mols: “Einführung in die politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle situation lateinamericas”, en *Menschenrechtprobleme in Lateinamerika*, Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, Heidelberg, 1991, págs. 5-14, en especial pág. 5.

y funcional establecido en su homólogo europeo, limitando el elenco de los derechos reconocidos en el mismo a los de índole civil y política y creando igualmente un órgano de naturaleza jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como instrumento fundamental de garantía de los derechos reconocidos en la Convención.

Lo que parece ser el inicio de una etapa de una cierta consolidación de regímenes formalmente constitucionales y democráticos va ser dramáticamente frenada en seco por los golpes de Estado llevados a cabo por las fuerzas armadas de dos países en los cuales, por gozar de una tradición constitucional prácticamente ininterrumpida o de un desarrollo económico equiparable al de las democracias consolidadas del primer mundo, menos probable parecía el surgimiento de fenómenos de involución política: nos referimos, como es fácil suponer, a Chile, con el derrocamiento del presidente Salvador Allende tras el asalto el 11 de septiembre de 1973 al Palacio de la Moneda y la llegada al poder del general Augusto Pinochet; y a Argentina, con el ascenso al poder en 1976 de la Junta Militar presidida por el general Videla, que puso fin al mandato constitucional de la presidenta Isabel Martínez de Perón. El fundamental apoyo –hoy ya no negado por nadie– de la Administración del presidente Nixon al golpe de Estado contra el gobierno constitucional chileno marcará un hito en la estrategia de permanente intromisión de los Estados Unidos en la soberanía de los países iberoamericanos. Pero al mismo tiempo va a suponer también el punto de inflexión momentáneo de una política intervencionista que, a consecuencia igualmente de otros acontecimientos que van a afectar al crédito de las Administraciones republicanas (como el conflicto de Vietnam o el caso *Watergate*), dará paso a un periodo, iniciado con la presidencia de James Carter en 1974, de distanciamiento de las dictaduras iberoamericanas que favorecerá el tránsito a regímenes constitucionales de corte liberal democrático o incluso de inspiración socialista, constituyendo sin duda la caída del dictador nicaragüense Anastasio Somoza en 1979 tras el triunfo de la revolución sandinista el mejor ejemplo de ello⁴. Lamentablemente, la llegada de los republicanos nuevamente al poder con la presidencia de Ronald Reagan supondrá el retorno a la tradicional estrategia de intromisión en la soberanía de los países iberoamericanos y, muy particularmente, centroamericanos. En este otro sentido, la financiación por los Estados Unidos de la guerrilla nicaragüense contraria al gobierno sandinista acabará poniendo fin a una experiencia alternativa, sin precedentes en los países de la zona, consistente en la promoción de políticas de desarrollo educativo y mejora de las condiciones materiales de vida de los sectores sociales más desfavorecidos bajo un marco constitucio-

4. Sobre el tema en general, L. Schoultz: *Human Rights and United States Policy toward Latin America*, Princeton, New Jersey, 1981

nal típicamente liberal-democrático como era el configurado desde el principio por la Constitución de 1987.

A finales del siglo XX la “fotografía constitucional” de Iberoamérica permite observar avances apreciables en el proceso de apertura y consolidación del Estado de Derecho. Nos encontramos así con países que se han dotado de nuevas Constituciones democráticas, las cuales han tenido la oportunidad de incorporar algunos de los institutos jurídicos de los que los Estados constitucionales europeos llevan dotándose desde el fin de la II Guerra Mundial: es el caso de Brasil (1988) o Paraguay (1992). Otras Constituciones han sufrido profundas reformas, que las han modernizado y adaptado a una nueva realidad social y política que poco tenía que ver con la de sus ya lejanos orígenes –como ha sucedido con Argentina (1853), Costa Rica (1949) y México (1917)– o con las particulares circunstancias políticas bajo las que vieron la luz –caso de Bolivia (1967), Chile (1980), Colombia (1991), Ecuador (1979), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1987), Panamá (1972), Perú (1993), República Dominicana (1966) o Uruguay (1967)–. Otros texto constitucional muy reciente, como el de Venezuela (1999), ha partido en cambio de presupuestos políticos no inmediatamente coincidentes con los postulados liberales-democráticos típicos del constitucionalismo iberoamericano. No obstante, lo novedoso de la experiencia venezolana aconseja cierta cautela a la hora de efectuar vaticinios sobre la capacidad del mismo para configurar un Estado de Derecho reconocible como tal, si es que la situación de conflictividad política y social que vive el país (como el golpe frustrado contra el presidente Hugo Chávez en abril de 2002 puso de manifiesto) o la presión internacional liderada una vez más por Estados Unidos no impiden, como ya ha ocurrido en otras ocasiones, que el nuevo sistema político alcance un mínimo de consolidación⁵. En el caso particular de Cuba, el texto de 1976 ha sufrido también modificaciones de relativa envergadura, la última de ellas en 2002 para establecer la inalterabilidad del régimen político socialista⁶.

5. Desde luego, no parece que vaya a contribuir demasiado a conseguirlo la sorprendente decisión del Tribunal Supremo de Venezuela de exculpar a los jefes del golpe, y ello a través de una Sentencia cuya fundamentación fáctica y jurídica no puede ocultar la naturaleza esencialmente política de la decisión (véase *El País*, de 15 de agosto de 2002).

6. El texto de las Constituciones iberoamericanas, precedido de una breve reseña sobre la historia constitucional de los distintos países, puede consultarse en la obra editada por L. López Guerra y L. Aguiar de Luque: *Las Constituciones de Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2001. La actualización de dichos textos puede consultarse también en la dirección de Internet correspondiente al *Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García-Pelayo* de la Universidad Carlos III de Madrid: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/consibam.htm>. Dicha dirección está también dedicada en general a diversos temas relacionados con el constitucionalismo iberoamericano.

En conclusión, y como algunos han señalado, puede afirmarse que hasta los años ochenta la existencia mayoritaria de Constituciones nominales y semánticas –por seguir con la terminología loewensteiniana– será la característica definitoria del constitucionalismo iberoamericano, ante la evidencia de que el cambio formalmente democrático de los sistemas de gobierno de los distintos países no va a ir en absoluto acompañado de un cambio sociopolítico en los diferentes segmentos que componen las respectivas poblaciones⁷. Como es lógico, el camino recorrido por los derechos fundamentales no ha podido ser sino paralelo: la efectiva garantía de los derechos a partir de lo dispuesto en el texto constitucional marca la ubicación de los mismos en dicho concepto, por más que la diversidad terminológica con la que se designan los derechos constitucionales pueda dar lugar a confusión. En cualquier caso, esa separación entre democracia formal y realidad sociopolítica sigue siendo notable, de ahí que buena parte de los politólogos especializados en los países iberoamericanos coincidan en que la limpieza de los procesos electorales y la evitación del fraude ha de ser la prioridad fundamental en cuanto presupuesto de la efectiva transferencia del poder a los ciudadanos, acabando con fenómenos clientelistas que suponen un obstáculo de calado para una efectiva implantación de la democracia⁸.

II. 2 *Los derechos fundamentales clásicos en las Constituciones Iberoamericanas*

Como parece evidente un estudio exhaustivo de los derechos fundamentales en cada una de las Constituciones iberoamericanas, aparte de exceder con mucho el

7. Véase, en este sentido, F. Balguer Callejón: “Der Verfassungsstaaten in iberoamerikanischen kontest”, en *Die Welt des Verfassungsstaates*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2001, págs. 189-201, en especial pág. 189.

8. Al respecto, por ejemplo, B. Lamounier: “Requisitos y condiciones de un proceso democrático de elecciones”, en la obra colectiva: *Transición democrática en América Latina: reflexiones sobre el debate actual*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Centro de Asesoría y Promoción Electoral, 1990, págs. 53-88. También son sin duda muy importantes los programas de educación cívica, a cargo generalmente de organizaciones no gubernamentales y puestos en marcha durante los años ochenta en diversos países Iberoamericanos con democracias consolidadas pero, sobre todo, en fase de transición democrática, como Nicaragua o Chile, y que, al menos en este último caso, alguna influencia han podido tener en el resultado del plebiscito que organizó Pinochet en unas condiciones escasamente democráticas pero que sirvió para iniciar el camino hacia su salida del poder (al respecto, H. Nogueira Alcalá: “Los programas de educación cívica en la transición a la democracia”, en *idem*, págs. 205-219 en especial, págs. 211 y 212). En cualquier caso, algunos destacados especialistas hacen un análisis relativamente optimista en este concreto aspecto, subrayando que los déficits de representación política, especialmente acusados en Iberoamérica, pueden superarse con pequeñas reformas siempre, claro está, que el sistema electoral tenga alguna responsabilidad en la causación de los mismos (Así D. Nohlen: *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre la reforma electoral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pág. 143).

objeto de estas páginas, aportaría poco a la finalidad marcada con las mismas: proporcionar una visión general de los derechos fundamentales en Iberoamérica, la cual para ser significativa ha de hacer preferentemente hincapié en los elementos comunes a los distintos ordenamientos constitucionales. Precisamente es esta visión general la que nos permitirá hablar, en la medida de lo posible, de un derecho constitucional iberoamericano de la misma manera que cada vez resulta más indiscutible la existencia de un derecho constitucional europeo, cuya piedra angular la constituye sin duda el listado de derechos fundamentales de reconocimiento generalizado en su propio ámbito territorial.

En consonancia con lo anterior, y aunque cada vez son más las Constituciones iberoamericanas que tras recientes reformas o la apertura de nuevos procesos constituyentes incluyen derechos y garantías de última generación –como el derecho al medio ambiente⁹ o la protección frente a la informática (*habeas data*)¹⁰–, un razonable método de aproximación al tratamiento general que las mismas dan a los derechos fundamentales puede ser el de efectuar un breve repaso por algunos derechos individuales de honda raigambre en el constitucionalismo y de configuración típicamente constitucional que han de resultar bastante representativos del estado de la cuestión en los distintos países. Ceñiremos así nuestro análisis al régimen constitucional ordinario (no al existente durante la vigencia del derecho de excepción, en cuanto que ello supone precisamente la alteración de dicho régimen constitucional ordinario) del derecho a la libertad individual en su concepción estricta de libertad deambulatoria, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones. Pero antes de nada, por resultar en los tiempos actuales muy sintomático de la conciencia ciudadana de cada país en materia de derechos humanos, como recuerdan con insistencia las organizaciones defensoras de los mismos, debemos efectuar un recordatorio de la situación de la pena de muerte –contrapartida del reconocimiento del derecho fundamental a la vida– en los distintos textos constitucionales que analizamos.

La pena de muerte se encuentra abolida de manera incondicionada en los textos constitucionales de once países: Bolivia (art. 17), Colombia (art. 11), Costa Rica (art. 21)¹¹, Ecuador (art. 23.1), Honduras (art. 66), Nicaragua (art. 23), Panamá (art. 30), Paraguay (art. 4), Puerto Rico (art. 2, sec. 7), República Dominicana (art. 8.1) y Venezuela (art. 43). Otros cuatro la mantienen aunque con restricciones de distinto

9. Caso de las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay o Perú.

10. Como ocurre en los textos constitucionales de Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú o Venezuela.

11. En este caso de forma implícita pero inequívoca, al establecer lapidariamente la Constitución que “La vida humana es inviolable”.

alcance: abolida por causas políticas (Argentina, art. 18), salvo en caso de guerra declarada (Brasil, art. 5 XLVII a), sólo en tiempo de guerra internacional (El Salvador, art. 27), o excepto mujeres, mayores de sesenta años o delitos políticos (Guatemala, art. 18). Finalmente, existen cinco países donde la pena de muerte se encuentra constitucionalmente autorizada sin limitaciones, bien porque así lo establece o se infiere del propio texto constitucional (Chile, art. 19.1; México, art. 14; Uruguay, art. 7), bien porque su silencio al respecto se entiende como una autorización implícita al legislador del Código Penal (Cuba y Perú).

Por lo que a libertad deambulatoria se refiere -y más en concreto a su contenido básico, las garantías frente a la detención- la tónica general es el de la fijación en la propia Constitución de un plazo máximo de detención policial o administrativa superado el cual el detenido ha de ser puesto a disposición judicial. No obstante, este plazo varía de unos textos constitucionales a otro. Así, el más breve con diferencia es el de seis horas de la Constitución de Guatemala (art. 6). Otros textos constitucionales se inclinan por establecer el tradicional en el derecho comparado de veinticuatro horas, caso de Bolivia (arts. 9 a 11), Costa Rica (art. 37), Ecuador (art. 24.6), Honduras (art. 71), Paraguay (art. 12). No obstante, la mayoría de ellos superan dicho plazo, que llega a fluctuar entre las treinta y seis horas establecidas en la Constitución de Colombia (art. 28), las cuarenta y ocho horas en las de Chile (art. 19.7), México (art. 16), Nicaragua (art. 33.2.2), República Dominicana (art. 8.2. d) y Venezuela (art. 44.1) o las setenta y dos horas, siguiendo el ejemplo español, en la del El Salvador (art. 13). Peculiar resulta el caso de Perú, cuya Constitución establece un plazo ordinario máximo de veinticuatro horas pero ampliable hasta quince días para delitos de terrorismo y narcotráfico (art. 2.24). Mucho más débil es la configuración de dicha garantía en el caso de Panamá, cuya Constitución fija un plazo máximo de detención de veinticuatro horas transcurrido el cual el detenido no tiene que ser puesto a disposición judicial sino sólo ante la "autoridad competente" (art. 21). Por último, la dimensión constitucional de las garantías frente a la detención policial o administrativa es inexistente en los casos de Argentina (art. 18), Brasil (art. 5 LXI), Cuba (art. 58), Puerto Rico (art. 2, sec. 11), o Uruguay (art. 11), cuyas Constituciones no hacen referencia a plazo máximo de detención alguno¹², dejando en consecuencia a la normas procesales-penales su entera fijación.

Finalmente, también se aprecian a nivel constitucional importantes variaciones en relación con dos de las garantías individuales típicas del constitucionalismo: la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. En este sentido,

12. La "detención preventiva antes del juicio" con un plazo máximo de seis meses a que hace referencia el precepto citado de la Constitución de Puerto Rico no puede ser entendida sino como situación de prisión provisional controlada judicialmente.

los textos constitucionales más “garantistas” son, como es lógico, aquellos que exigen de manera expresa la autorización judicial tanto para cualquier entrada o registro domiciliario (salvo excepciones lógicas como el consentimiento del titular, el flagrante delito o el estado de necesidad) como para la interceptación de las comunicaciones en general: así ocurre en los de Brasil (art. 5 XI y XII), Colombia (arts. 15 y 28), Costa Rica (arts. 23 y 24), El Salvador (arts. 20 y 24¹³), Guatemala (arts. 23 y 24), Paraguay (arts. 34 y 36), Perú (art. 2.9 y 10), Puerto Rico (art. 2 sec. 10) y Venezuela (arts. 47 y 48). Existen otros, en cambio, que prevén dicha autorización judicial sólo cuando afecta al domicilio, pero no a las comunicaciones, como ocurre con Ecuador (art. 23.12 y 13), Nicaragua (art. 26) y Uruguay (arts. 11 y 28); o viceversa, caso de Honduras (arts. 99 y 100) y México (art. 16). Un tercer grupo de Constituciones permite que la intromisión en el domicilio o las comunicaciones pueda ser ordenada por la “autoridad competente”; expresión ésta, como es obvio, mucho más genérica y que permite residenciar las garantías en la propia autoridad administrativa: así sucede con las de Bolivia (arts. 20 y 21) y Panamá (arts. 26 y 29). Un último grupo establece expresamente dicha autorización en los términos previstos en la ley, dejando pues abierta cualquier posibilidad, caso de Argentina (art. 18), Chile (art. 19.5), Cuba (arts. 56 y 57 y República Dominicana (art. 8.3 y 9).

III. El sistema de garantía nacional de los derechos fundamentales: la generalización de las jurisdicciones constitucionales

Si, como venimos insistiendo, los derechos fundamentales lo son porque disponen de mecanismos de garantía y tutela que los hacen verdaderamente efectivos, resulta indispensable conocer esos mecanismos a través de los cuales dicha tutela se dispensa. En la actualidad, el sistema de garantía nacional de los derechos fundamentales en los países de Iberoamérica es relativamente homogéneo, producto de la influencia generalizada del constitucionalismo estadounidense y, en los últimos tiempos, también europeo, circunstancia esta última que está propiciando la implantación progresiva de jurisdicciones específicamente constitucionales. Dicho

13. No obstante, este art. 24 prevé la interceptación de la correspondencia en casos “de concurso y quiebra”, sin especificar la necesidad de autorización judicial. Por su parte, la intervención de las comunicaciones telefónicas se prohíbe en términos absolutos, interpretación ésta que también podría hacerse, dado su ambiguo tenor, en el caso de otros textos constitucionales. No obstante, de entenderse así, la garantía de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones resultaría completamente irreal, al no casar con la necesaria limitación de cualquier derecho o garantía constitucional en aras de la protección de otros derechos o garantías de igual rango.

sistema se articula a través de tres procedimientos fundamentales: el hábeas corpus, el recurso de amparo y la acción de inconstitucionalidad¹⁴. Igualmente, por razones de economía en la exposición vamos a centrarnos de manera exclusiva en su configuración estrictamente constitucional en los distintos Estados iberoamericanos, con independencia del eventual desarrollo legislativo que pueda existir de cada uno de ellos en los respectivos ordenamientos jurídicos.

El hábeas corpus –o derecho de todo detenido a ser llevado a presencia de un juez para que éste se pronuncie sobre la legalidad de la detención– es una garantía del derecho a la libertad personal cuya aparición se remonta en Europa a la Inglaterra de la Edad Media, desde donde se extendió a las colonias británicas es Norteamérica. Es asimismo, con sus propias peculiaridades, una institución de honda raigambre en Iberoamérica (donde se le conoce también como *recurso de exhibición personal*), hasta el punto de algunos autores sitúan su existencia en 1830, concretamente en Brasil¹⁵. Salvo en la de Cuba, se encuentra expresamente reconocido en todas las Constituciones iberoamericanas: Argentina (art. 43), Bolivia (art. 18), Brasil (art. 5, LXVIII), Chile (art. 21), Colombia (art. 30), Costa Rica (art. 48), Ecuador (art. 93), El Salvador (art. 11), Guatemala (art. 263), Honduras (art. 182), Nicaragua (art. 45), Panamá (art. 23), Paraguay (art. 133); Perú (art. 200.1), Puerto Rico (art II, sec 13), República Dominicana (art. 8.2 g) Uruguay (art. 17) y Venezuela (art. 281.3).

Por su parte, el recurso de amparo es una institución genuinamente iberoamericana, ya que su aparición a nivel constitucional tiene por primera vez lugar en México con la Carta Federal de 1857¹⁶, siendo posteriormente recogida también en la vigente Constitución de 1917 (art. 107). Se trata de un procedimiento judicial sencillo y breve a través del cual se substancian exclusivamente quejas relacionadas con la violación de los derechos reconocidos en la Constitución –generalmente por los poderes públicos– con la salvedad de la libertad individual cuando ésta se encuentra específicamente cubierta por la garantía del hábeas corpus. En la actualidad, dicho procedimiento, con esta misma denominación, aparece reconocido en las Cons-

14. En un segundo plano, y tal vez como manifestación evidente de una cierta tendencia al mimetismo con el derecho constitucional europeo no siempre justificada, hay que destacar también la incorporación de la figura del Defensor del Pueblo –originaria de los países escandinavos (*ombudsman*)– a algunos textos constitucionales Iberoamericanos, como los de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Perú (al respecto, F. Balaguer Callejón: *op.cit.*, pág. 196).

15. Así, por ejemplo, D. García Belaúnde: “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n.º 3 (1999), págs. 121-155, en especial, pág. 129.

16. Véase H. Fix Zamudio: “Aproximación al Derecho procesal constitucional”, en *idem*, págs. 89-199, en especial pág. 106.

tituciones de Argentina (art. 43), Bolivia (art. 19), Costa Rica (art. 48), Ecuador (art. 95), El Salvador (art. 247), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), Nicaragua (art. 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134); Perú (art. 200.2), Venezuela (art. 27). Igualmente, está reconocido con denominaciones peculiares en los textos constitucionales de Brasil (*mandado de segurança*, art. 5, LXIX), Chile (recurso de protección, art. 20) y Colombia (acción de tutela, 86). No se contempla, por el contrario, en las Constituciones de Cuba, Puerto Rico, Uruguay y República Dominicana. El principal problema del recurso de amparo en los países iberoamericanos, como recurrentemente suele indicarse, es que la inmensa mayoría de los textos constitucionales (salvo excepciones puntuales como las de Chile o Colombia) suelen extender el ámbito de protección de esta garantía a todos los derechos sin distinción, esto es, no sólo a los derechos de libertad (derechos individuales y libertades públicas) sino también a los derechos de prestación (derechos sociales). Tal circunstancia hace en buena parte inoperante la garantía por la inadecuación del poder judicial para reintegrar a los individuos en el disfrute o ejercicio de derechos –como la vivienda, la salud o la educación– que precisan ante todo para su existencia real de una vinculación o actuación positiva de los Estados que éstos (al igual que ocurre, aunque sea en distinta medida, en Europa) no siempre están en condiciones de dispensar.

En tercer lugar, y ya por lo que al control de control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza o rango de ley se refiere, el constitucionalismo iberoamericano se caracteriza (con la excepción de Cuba, cuya Constitución hace recaer el control de constitucionalidad sobre el propio poder legislativo) por la existencia de diversos sistemas de justicia constitucional con múltiples particularidades a su vez, como la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España, celebrada en noviembre de 1999 en Guatemala y dedicada monográficamente a este tema, puso de manifiesto¹⁷. Así, junto a países que siguen manteniendo un sistema de control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango o fuerza de ley a cargo de los órganos integrantes del poder judicial, siguiendo el modelo de Estados Unidos (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay), hay otros que han optado por atribuir de manera preferente a un órgano específico –denominado *Tribunal* o *Corte Constitucional*– dicho control (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú), en lo que constituye una creciente tendencia a la generalización de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de raíz europea. Por último, existen también Constituciones que han optado por una vía intermedia, consistente en concentrar dicho control en una *Sala de lo Constitucional* de la Corte Suprema de Justicia,

17. La crónica de dicha Conferencia, a cargo de quien firma estas páginas, puede consultarse también en *idem*, págs. 517-521.

órgano que ocupa la cúspide del Poder de Judicial (Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela). La mayoría de estos países prevén constitucionalmente el ejercicio del control de constitucionalidad contra leyes u otras disposiciones generales por vía directa o abstracta a través del recurso o acción de inconstitucionalidad, procedimiento para el que, en algunos casos, y en lo que constituye una característica típica del constitucionalismo iberoamericano, se otorga legitimación a cualquier ciudadano –a veces, sin necesidad de que ostenten un interés directo– mediante la llamada *acción popular de inconstitucionalidad*, como ocurre en las Constituciones de Colombia (art. 241), Ecuador (art. 277.5), El Salvador (art. 183), Honduras (art. 185), Nicaragua (art. 187), Panamá (art. 203.1) Uruguay (art. 258)¹⁸. No obstante, existen países que, como suele ser la tónica en Europa, restringen dicha legitimación exclusivamente a órganos de naturaleza política o corporativa, caso de Brasil (art. 103), Chile (art. 82) o México (art. 105.2), dándose también opciones intermedias, supuesto de Perú (art. 203.5)¹⁹. Llamativa es la existencia en algunos países de un control previo orientado básicamente, aunque no en exclusiva, a los tratados internacionales, tal y como sucede en Chile (art. 82.2), Colombia (art. 241.10), Costa Rica (art. 10) o Guatemala (art. 272 e); y, sobre todo, de un control de inconstitucionalidad *por omisión* (art. 103.2 de la Constitución de Brasil), variante ésta sólo conocida en Europa en el caso de Portugal. De otra parte, junto con todas estas formas de control abstracto o directo de inconstitucionalidad coexiste un control indirecto o *concreto*, instado por los jueces y tribunales en el marco de un proceso judicial. Este control se configura mayoritariamente a través de un sistema de *excepción de inconstitucionalidad*, importado asimismo de los Estados Unidos (*judicial review*) y donde son también los propios jueces y tribunales los encargados de solventar el conflicto entre la Constitución y la norma legal. Algunas ordenamientos constitucionales configuran no obstante un sistema de *cuestión de inconstitucionalidad*, de inspiración europea, donde es el órgano que tiene concentrada la jurisdicción constitucional el único capacitado para resolver aquel conflicto, quedando mientras tanto suspendido el proceso ordinario (Costa Rica, Panamá, Paraguay o Uruguay).

Ciertamente, ya sea por la escasa cultura de la población o por la falta de medios materiales, el funcionamiento práctico de estas garantías varía mucho de unos países a otros. Así, por ejemplo, en Centroamérica su eficacia no es la misma en El

18. También se reconoce esta acción popular en Guatemala a través de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, a la que el art. 276 de la Constitución confiere rango constitucional.

19. Dicho artículo facultad para interponer la acción de inconstitucionalidad a cinco mil ciudadanos.

Salvador, Guatemala, Nicaragua u Honduras que en Costa Rica. Pues mientras que en este último país las instituciones de garantía de los derechos, y muy en especial el hábeas corpus, tienen un funcionamiento aceptable, en los primeramente citados algunas de ellas son difícilmente accesibles o poco demandadas, destacando casos como el de Honduras, Estado condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la actitud pasiva de su poder judicial, con la Corte Suprema a la cabeza, en los abusos de los derechos humanos que se siguieron cometiendo tras la reinstauración del orden constitucional en 1982. Igualmente llama la atención el caso de Nicaragua, cuya Constitución (art. 159) obliga a que el presupuesto dedicado al Poder Judicial represente, al menos, el 4% del Presupuesto General de la República, lo que no impide que unos de los grandes problemas de la justicia en ese país sea, precisamente, la alarmante falta de medios para el adecuado ejercicio de la jurisdicción²⁰.

A pesar de todas estas insuficiencias, algunas de las decisiones de estas Cortes constitucionales han tenido gran relevancia para la protección de los derechos humanos. Así, en el año 2000 la propia Corte Suprema de Honduras declaró inconstitucionales las leyes de amnistía del país²¹. En cualquier caso, la extraordinaria importancia que las instituciones de justicia constitucional pueden tener no sólo ya para la defensa de los derechos individuales sino del mismo sistema democrático que ha de garantizarlos se mostró con toda su fuerza en Guatemala, cuya Corte de Constitucionalidad declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las “Normas Temporales de Gobierno” bajo las que se pretendía institucionalizar el golpe de estado promovido por el Presidente de la República, Jorge Serrano Elías, el 25 de mayo de 1993. En efecto, ese mismo día, en una actuación sin precedentes, los magistrados integrantes de la Corte emitieron una resolución anulatoria de dicha norma. Aunque en principio la Sentencia no pudo ser publicada, la persistencia de los jueces constitucionales, que llegaron a reunirse clandestinamente tras la ocupación de su sede por los militares exigiendo a través de una nueva resolución la restauración del orden constitucional, hizo posible la división de los golpistas y con ello el fracaso del golpe, la restauración de las instituciones y la

20. Véase en relación con todos estos datos: R. Hernández Valle y P. Pérez Tremps (coords.): *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

21. Por el contrario, la Corte Suprema del El Salvador declaró conforme a la Constitución la Ley de Amnistía General (véase al respecto el *Informe 2001 de Amnistía Internacional* sobre el año 2000, cuyos datos más destacados pueden consultarse en la página de Internet: <http://www.edai.org/centro/infoanu/2001/info01amr/htm>).

dimisión de sus cargos del presidente y del vicepresidente de la República, implicado igualmente en el mismo²².

En Argentina, el carácter difuso del control de constitucionalidad ha permitido que algunos jueces que están instruyendo procesos penales relacionados con los desaparecidos durante la dictadura hayan declarado la inconstitucionalidad de las leyes de “Punto Final” y de “Obediencia debida”. En efecto, ambas leyes, que aseguraban la impunidad de los implicados en las desapariciones de personas habidas durante ese período, habían sido derogadas por el Congreso en 1998 sin carácter retroactivo, dificultando de este modo la persecución de la mayoría de los delitos. Por el contrario, la actuación judicial ha permitido la detención y procesamiento, entre otros, del general Leopoldo Galtieri, presidente de la nación durante la invasión de las Islas Malvinas en 1982²³. Otros sucesos recientes, también en el mismo país, muestran en cambio la inidoneidad de la justicia constitucional para resolver crisis político-económicas de profundo calado: es el caso del conflicto suscitado entre la Presidencia de la República y la Corte Suprema de Justicia tras la decisión de esta última, a principios de 2002, de declarar inconstitucional, en el marco de unos procesos de amparo, un Decreto presidencial que establecía fuertes restricciones a la retirada de los depósitos bancarios (el llamado *corralito*). Y es que esta decisión cuyos definitivos efectos jurídicos aún están por determinar, lejos de favorecer una salida a la crisis al propiciar la quiebra del sistema bancario, parecía obedecer más bien a la necesidad de plantear un pulso con el nuevo poder político argentino, ya que días antes el Congreso había decidido la apertura de una comisión de investigación contra los jueces de la Corte por la puesta en libertad sin cargos del ex presidente Carlos Menem y su cuñado, acusados de un delito de venta ilegal de armas durante el mandato presidencial del primero²⁴.

IV. El sistema de garantía supranacional de los derechos fundamentales: la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La aprobación, el 22 de noviembre de 1969 y en el marco de una Conferencia celebrada en San José de Costa Rica bajo los auspicios de la Organización de Esta-

22. Una narración más detallada de este episodio la lleva a cabo J.M. García Laguardia, integrante de la Corte de Constitucionalidad en el momento de los hechos, en “La jurisdicción constitucional en Guatemala”, dentro de la obra *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica*, citada, págs. 129-150, en especial, págs. 148 a 150.

23. Véase, por ejemplo, el diario *El País* de 11 de julio de 2002.

24. Véase también el diario *El País* de 2 de febrero y 25 de julio de 2002.

dos Americanos (OEA), de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) constituyó en su momento un avance de suma importancia dentro del proceso de concienciación política sobre la necesidad de proporcionar una adecuada protección de los derechos y libertades de los individuos en el ámbito de los países iberoamericanos. En efecto, el también llamado *Pacto de San José de Costa Rica* manifiesta en su Preámbulo “su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Su entrada en vigor no tuvo lugar sin embargo hasta el 18 de julio de 1978, tras ser ratificado por once Estados de la OEA. En la actualidad han ratificado o se han adherido a la Convención la totalidad de los Estados Iberoamericanos a excepción de Cuba²⁵.

La CEDH establece un listado de derechos homologables a los de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mostrando también una fuerte influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ciñéndonos a los que hemos analizado a nivel nacional en las páginas anteriores, cabe destacar el reconocimiento del derecho a la vida desde una contemplación restrictiva de la pena de muerte (art. 4), que sólo podrá imponerse por los delitos más graves y sin que quepa su extensión a delitos en los que no se estuviera aplicando con anterioridad. Además se prohíbe taxativamente la aplicación de la pena de muerte por delitos políticos o comunes conexos con los políticos, así como a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de sesenta, y a las mujeres en estado de gravidez. El 8 de junio de 1990 fue aprobado asimismo en Asunción, durante la Asamblea General de la OEA, un Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, suscrito hasta la fecha por ocho Estados Iberoamericanos (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela), encontrándose ya en vigor en todos ellos excepto en Paraguay, que aún no ha procedido a su ratificación. La CADH reconoce igualmente el derecho a la libertad personal frente a las detenciones arbitrarias y el derecho del detenido a recurrir ante un juez o tribunal sobre la legalidad de la detención, si bien no establece ningún plazo máximo de detención administrativa (art. 7.6). Muy genéricamente se garantizan también los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a las comunicaciones, en este último caso incluso de manera ciertamente restrictiva (art. 11.2).

25. Los datos que a continuación se exponen han sido extraídos de la página de Internet del *Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García Pelayo*, ya citada, en lo referente al tema sobre “Justicia Constitucional en Iberoamérica” y cuya responsable es P.Lizano (dirección: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-cidh.htm>).

En cualquier caso, llama la atención no sólo la distinción que también la CADH hace entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, sino sobre todo el hecho de que respecto de estos últimos, que en ningún momento se enumeran, su único pronunciamiento sea el compromiso de los Estados Partes de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (art. 26). No obstante, el 17 de noviembre de 1988 fue aprobado en San Salvador por la Asamblea General de la OEA un Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo ratificado hasta ahora por diez países Iberoamericanos (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay) y que ha entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999.

Lógicamente, la CADH prevé la posibilidad de que sean suspendidas alguna de las garantías en ella establecidas en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Aunque esta suspensión no puede ser incompatible con las obligaciones impuestas por el derecho internacional ni entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, la misma se extiende al derecho a la libertad personal, las garantías procesales, las libertad de pensamiento y expresión, los derechos de reunión, asociación, circulación y residencia o el derecho de propiedad (art. 27).

Para la garantía de los derechos y libertades reconocidos en ella, la Convención establece un entramado institucional que descansa básicamente sobre dos órganos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión, desempeña un doble tipo de cometidos: de un lado, funciones de estímulo y promoción del respeto de los derechos humanos en el seno de los distintos países firmante del Convenio, además de elaborar un informe anual para la Asamblea General del OEA (art. 41); de otro, recibe las denuncias o quejas de violación de la Convención por alguno de los Estados Partes que presenten cualquier persona, grupo de personas u entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno más Estados miembros de la OEA, una vez agotados sin éxito los recursos disponibles en el ordenamiento interno del Estado denunciado (arts. 44 y 46). No obstante, la Comisión se limita únicamente a propiciar una solución amistosa entre el Estado y el afectado o, en su defecto, a hacer las recomendaciones pertinentes al Estado para la resolución de la controversia fijando un plazo dentro del cual habrán de ser tomadas las medidas que procedan por parte de éste. Finalmente, transcurrido el plazo

establecido, la Comisión decide si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas y si publica o no el correspondiente informe (arts. 49 a 51).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, ejerce funciones jurisdiccionales, si bien sólo a instancias de los Estados Partes o de la propia Comisión y respecto de las violaciones cometidas por los Estados Partes que hayan reconocido expresamente su competencia con carácter general o para un caso determinado (arts. 61 y 62). Tiene atribuida capacidad para decidir la existencia de violación de un derecho o libertad protegido por la Convención, adoptando cautelarmente las medidas que estime pertinentes y disponiendo en su caso que se garantice al lesionado el goce del derecho o libertad conculcado. Eventualmente, la Corte puede también disponer la reparación de las consecuencias de la medida o situación derivada de la vulneración de los derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (art. 63), si bien el promedio de resolución de un caso mediante sentencia por parte de la Corte en la actualidad no deja de ser elevado (54 meses desde la presentación de la demanda). Todos los Estados Iberoamericanos firmantes del Convenio aceptan la jurisdicción de la Corte, que desempeña asimismo una función consultiva acerca de la interpretación del Convenio o de otros tratados relativos a derechos humanos (art. 64). Con todo, uno de los aspectos más destacables de la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde su creación ha sido tal vez la relación recíproca constantemente establecida entre los conceptos de democracia y derechos humanos, con la finalidad de adecuar los sistemas políticos Iberoamericanos a los estándares universales sobre estos últimos. A tal fin no ha sido ajena su tendencia a interpretar restrictivamente conceptos jurídicos indeterminados tales como *orden público* o *bien común*, recurrentemente utilizados por el poder político como límites de los derechos de sus ciudadanos²⁶.

Por último, hay que destacar también cierta propensión del constitucionalismo iberoamericano a otorgar una creciente preeminencia al derecho internacional sobre el derecho interno, señaladamente en materia de derechos humanos, hasta conferir de manera expresa al primero rango constitucional o cuasiconstitucional²⁷. Buen ejemplo de ello lo constituyen las Constituciones de Colombia (art. 93), Guatemala (art. 46) o Paraguay (art. 142), siendo particularmente significativo de este proceso el vigente art. 75.22 de la Constitución de Argentina tras la reforma de 1994²⁸. La importancia de esta tendencia está fuera de duda, pues la penetración en

26. Al respecto, P. Nikken: "La protección internacional de los derechos políticos", en *Transición democrática en América Latina...*, citada, págs. 25-44.

27. En este sentido, H. Fix Zamudio: *op. cit.*, en especial págs. 115 y 116.

28. En efecto, según dicho precepto: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana

el derecho interno de las normas internacionales sobre derechos humanos no sólo amplía el elenco y la calidad de garantías, sino que permite el seguimiento de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos por los órganos jurisdiccionales de cada país.

V. Las fallas actuales del sistema de protección de los derechos fundamentales: las violaciones consentidas o toleradas de los derechos fundamentales en Iberoamérica

Si, como decíamos al principio, la distinción básica en la clasificación loewensteniana entre Constituciones normativas o nominales radica en su cumplimiento razonablemente efectivo, las noticias e informes que nos llegan desde Iberoamérica en relación con el respeto y garantía de derechos pretendidamente fundamentales en buena parte los países de la región evidencia que, a pesar de los indudables avances experimentados desde la década de los ochenta, las violaciones de tales derechos son todavía, cuantitativamente y cualitativamente hablando, de una considerable extensión y gravedad. Hasta el punto de que (salvando alguna excepción, como pudiera ser la de Costa Rica) la inclusión de la mayoría de las Constituciones iberoamericanas en la primera de las categorías citadas parece que no puede efectuarse en la actualidad si no es con importantes reservas.

En efecto, y tomando como referencia principal para ello los Informes anuales de Amnistía Internacional que abarcan lo ocurrido en el continente americano desde el año 1999 hasta el primer semestre de 2002²⁹, llama de entrada la atención un dato: la persecución generalizada en algunos países –como Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú o República Dominicana– de personas distinguidas por su defensa de los derechos humanos así como de aquellos periodistas que se atreven a investigar actuaciones

sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...).

29. Un resumen de dichos informes puede consultarse en la dirección de Internet: <http://www.edai.org/centro/infoanu>.

de sectores próximos al poder relacionadas con la violación de tales derechos o con prácticas de corrupción. Particularmente impactante resultó –como claro ejemplo de una estrategia planificada para acallar a quienes intentan acabar con la impunidad de dichas violaciones y sus autores– el asesinato en México en octubre de 2001 de la abogada especializada en la defensa de los derechos humanos Digna Ochoa y Plácido, que ya había resultado amenazada en varias ocasiones anteriores. Además, las amenazas y el hostigamiento por parte de sectores paramilitares o parapoliciales contra opositores políticos y dirigentes sindicales suele ser moneda frecuente en numerosos países iberoamericanos.

Llama asimismo la atención la existencia de determinados tipos de violaciones de derechos humanos que resultan característicos de diferentes Estados atendiendo al contexto específico de las circunstancias políticas o sociales presentes en los mismos. Sin duda, una de las situaciones más graves es la que actualmente acaece en Colombia, país envuelto desde hace varias décadas en una guerra civil que vive en la actualidad unos de sus momentos más críticos y donde las violaciones de derechos humanos a cargo de la guerrilla y los grupos paramilitares se centran fundamentalmente en la población civil. Aterrador resulta el dato de que, sólo durante el año 2000, se produjeran más de 4000 homicidios políticos. Pero es que, además, la situación en modo alguno tiene visos de mejorar, ya que, tras el fracaso de las conversaciones de paz que desde hacía algún tiempo mantenían el gobierno y la guerrilla, el enfrentamiento armado ha experimentado un salto cualitativo con acciones de intimidación y violencia contra candidatos políticos y titulares de órganos representativos –como las alcaldías de las ciudades– o el secuestro de Ingrid Betancourt, candidata a la presidencia de la República en las elecciones de mayo de 2002.

Por lo que a otros países iberoamericanos se refiere, en Brasil los escuadrones de la muerte continúan actuando en connivencia con las fuerzas de seguridad, hasta el punto de que en el año 2001, sólo en el Estado de São Paulo, se denunciaron casi medio centenar de homicidios a cargo de tales grupos paramilitares. En Venezuela cuarenta y cinco personas resultaron muertas durante las manifestaciones celebradas en abril de 2002 contra el gobierno de Hugo Chávez. También en Argentina, y en el contexto de la gravísima crisis económica que ha aflorado en el país en los últimos meses, decenas de personas han muerto a manos de las fuerzas de seguridad y elementos parapoliciales en las manifestaciones y disturbios habidos desde entonces. De otra parte, en las cárceles de Perú (que en julio de 1999 llegó a abandonar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se contabilizaron durante el gobierno de Fujimori más de dos centenares de presos de conciencia o posibles presos de conciencia. Y en Cuba, donde las libertades civiles y políticas se encuentran fuertemente restringidas por el propio ordenamiento jurí-

dico, varios cientos de personas se encuentran en prisión por delitos políticos, diecinueve de ellos considerados en 1999 estrictamente como presos de conciencia. También en otros países, como Argentina y México, se contabilizaron algunos de estos presos en el año 2000.

Especialmente reseñables resultan las violaciones generalizadas que sufren en sus derechos, como no deja de ser lamentablemente lógico, los sectores más desamparados de las sociedades iberoamericanas. Es éste el caso de las minorías indígenas en aquellos países donde su presencia alcanza cierto grado de notoriedad, como sucede en Brasil, Colombia, Honduras o México. También tras los atentados del 11 de septiembre en Nueva York y Washington se produjeron detenciones de personas procedentes de Oriente Medio o de religión musulmana en Paraguay y República Dominicana. Ha de destacarse asimismo el maltrato y hostigamiento, cuando no el asesinato, de que son objeto los menores que vagan por las calles procedentes de familias desestructuradas, siendo Brasil uno de los casos más representativos de este gravísimo problema social. Y en Argentina, Brasil y Ecuador llegaron a denunciarse formalmente violaciones de derechos humanos contra personas homosexuales y bisexuales. La mayor parte de estas violaciones, con independencia de su entidad, suelen quedar impunes debido esencialmente a la indolencia policial o a la ineficacia del sistema judicial.

De otro lado, y aunque la práctica totalidad de los Estados iberoamericanos son parte de la Convención de la ONU contra la tortura, tanto ésta como los malos tratos a presos y detenidos siguen siendo un mal estructural en países como Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Perú o Venezuela, existiendo una creciente práctica, apreciable sobre todo en Brasil y México, consistente en la obtención de confesiones como método sustitutivo de las labores de investigación de los delitos. Especialmente significativo es el dato de los cuatrocientos presos muertos en las cárceles venezolanas durante 1999 en distintos episodios de violencia como consecuencia de la dureza extrema de las condiciones de reclusión, episodios en los que a veces estuvieron implicados los propios funcionarios de las prisiones. Además, durante el período que examinamos la pena de muerte se ejecutó en Cuba y Guatemala, existiendo en ambos países otras personas en espera de ejecución.

Para terminar con este apartado, y ya por lo que respecta a las investigación y persecución de las violaciones de derechos humanos durante los períodos de dictadura sufridos en diversos países iberoamericanos, los resultados no son lo satisfactorio que cabría desear. Así, en Guatemala la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, constituida bajo los auspicios de la ONU, consideró a las fuerzas armadas como principales responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el país durante los años de guerra civil, si bien fueron pocos los res-

ponsables declarados culpables y éstos condenados a penas relativamente leves. Lamentablemente, la mayoría de los crímenes cometidos con posterioridad al conflicto seguían impunes, siendo condenados por uno de los más destacados –el del obispo Gerardi en 1998– tres agentes de las fuerzas armadas a treinta años de cárcel en un proceso donde nueve testigos murieron y decenas de ellos, además de jueces, fiscales y abogados, fueron acosados y amenazados, teniendo en algunos casos que abandonar el país. En Perú, el gobierno de transición constituido tras la destitución del presidente Fujimori procedió a la excarcelación de los presos de conciencia y al establecimiento de una Comisión de la Verdad encargada de esclarecer las violaciones de derechos humanos habidas en el país desde 1980, deteniéndose en junio de 2001 al ex jefe de las Fuerzas de Seguridad, general Vladimiro Montesinos, en Venezuela. En Uruguay también se estableció una Comisión por la Paz encargada del esclarecimiento de la situación de los desaparecidos durante el período de gobierno militar desde 1973 a 1985. En Chile, el general Pinochet vio retirada su inmunidad una vez que regresó a su país tras el período de detención en Londres, siendo posteriormente procesado aunque la Corte Suprema, en una decisión polémica, sobreseyó la causa abierta contra él por considerarlo mentalmente incapacitado para comparecer en juicio. También en Argentina –como ya se indicó– jueces encargados de la instrucción del proceso sobre los desaparecidos durante la dictadura militar declararon en marzo de 2001 inconstitucionales y nulas dos leyes de amnistía, solicitándose meses más tarde por el Gobierno argentino la detención de varios militares de Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay implicados en la llamada *Operación Cóndor*, mediante la que se pretendía trazar un plan organizado de desapariciones sistemáticas de disidentes políticos en esos países durante las respectivas dictaduras militares.

VI. Propuestas técnicas para un futuro: hacia la consolidación del concepto de derechos fundamentales en Iberoamérica

Al menos desde un plano técnico –o, si se quiere, teórico– existe cada vez mayor consenso entre la comunidad jurídica iberoamericana e internacional sobre cuáles han de ser las medidas a tomar para mejorar la protección y el respeto de los derechos fundamentales en los países de la región, como lo demuestran algunas de las conclusiones alcanzadas por los expertos reunidos en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en México D.F. en febrero de 2002³⁰.

30. Una completa crónica de dicho Congreso realiza J. Ruipérez en la *Revista de Estudios Políticos* núm. 116 (2002), págs. 303 a 320.

Así, en primer lugar, y concretamente en lo que al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en el marco de los respectivos Estados se refiere, merecen destacarse entre otras la necesidad de incluir la eficacia de los derechos fundamentales como criterio legitimador del poder público; la efectividad de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación; la incorporación a los textos constitucionales de los derechos de las minorías (tal vez sería mejor de las personas que las integran) y grupos vulnerables; la creación de mecanismos de defensa ante actos de particulares que puedan vulnerar derechos fundamentales; la promoción de leyes de desarrollo en materia de derechos fundamentales; la creación de mecanismos que permitan hacer efectivos los derechos sociales; o el diseño de mecanismos que armonicen los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, respetando en todo caso los derechos fundamentales. En el plano internacional han de destacarse también las propuestas formuladas en el sentido de reconocer la interacción creciente entre los planos internacional y nacional en el ámbito de los derechos humanos; la conveniencia de avanzar en la uniformidad conceptual y de regulación de los derechos humanos entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional; o la necesidad de promover la adopción de los principios de universalidad de los tratados relativos a los derechos humanos y la eliminación de las reservas, así como el fortalecimiento de las instancias judiciales y cuasijudiciales de los mencionados derechos.

De otro lado, y ya por lo que a los instrumentos de justicia constitucional se refiere, merecen ser subrayadas las coincidencias en torno a aspectos como la conveniencia de promover en los países iberoamericanos los sistemas de control de constitucionalidad; la revisión de los métodos tradicionales de interpretación constitucional; la reiteración de la necesidad de que existan recursos efectivos ante los tribunales de justicia para la protección de los derechos de los ciudadanos; el desarrollo de mecanismos de control de constitucionalidad en relación con las omisiones legislativas; la generalización de la técnica de las declaraciones generales de inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales (*erga omnes*); o la eventual introducción del control de constitucionalidad previo en materia de celebración de tratados internacionales.

De cualquier modo, como llevan advirtiendo desde hace tiempo algunos especialistas conocedores de la realidad sociopolítica de Iberoamérica, la desproporción entre las tareas asignadas a los órganos e instituciones encargadas de velar por la consolidación del Estado constitucional democrático y los recursos materiales y humanos puestos a su disposición sigue siendo muy considerable³¹. Pero es

31. En este sentido, por ejemplo, D. Nohlen: "Régimen político y consolidación democrá-

que las perspectivas a corto y medio plazo no invitan en absoluto al optimismo. En efecto, debe tenerse ante todo en cuenta que la creciente hegemonía de Estados Unidos a nivel mundial habrá de notarse de manera especial, por evidentes razones históricas y geoestratégicas, en Iberoamérica; y ello casi con toda probabilidad, pues así ha venido ocurriendo hasta ahora, en un sentido poco favorable al éxito de procesos políticos de democratización y emancipación social que puedan amenazar aunque sea mínimamente los múltiples intereses norteamericanos existentes en la zona. Pero, además, en segundo lugar, resulta indudable que la crisis económica de extraordinario calado que está sufriendo Argentina y que amenaza con extenderse a otros países de la región –algunos de ellos con su crecimiento siempre amenazado por crisis estructurales³²– no constituye el mejor caldo de cultivo para la consolidación de las estructuras democráticas del poder político en el marco de regímenes constitucionales verdaderamente normativos. Y éste es el presupuesto indispensable, según se ha reiterado a lo largo de esta exposición, para que los derechos fundamentales puedan formar parte estable del patrimonio moral y jurídico de los ciudadanos y habitantes de Iberoamérica. Ojalá que se trate de un error en el pronóstico.

tica en América Latina”, en *Transición democrática en América Latina...*, citada, págs. 13-24; en especial, pág. 21.

32. En Paraguay las revueltas populares habidas en protesta por la situación económica que vive el país provocaron la declaración del estado de excepción durante varios días de año 2002. De otra parte, países como Nicaragua, Honduras, Bolivia, Ecuador, Guatemala o El Salvador se encuentran entre aquellos con niveles de renta nacional bruta o neta (PPA) *per cápita* más bajos a nivel mundial (ver por ejemplo los datos del *Anuario El País 2002*, pág. 66).