

CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO*

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

César Landa

Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

AUTOR CONVIDADO

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4113>

SUMARIO: 1. Presentación. 2. Control judicial de las leyes. 3. Amparo de los derechos fundamentales. 4. Perspectivas. Referencias.

1. PRESENTACIÓN

Desde finales del siglo XX, la historia constitucional en América Latina se ha caracterizado por la despolitización y *desparlamentarización* de los asuntos de interés público y, simultáneamente, por la *economización* del interés general. Este proceso ha sido conducido por el presidencialismo a través de la transferencia de la economía pública a los grupos privados y las cargas públicas a los ciudadanos (DE VEGA, 1997, p.31-36).

El constante crecimiento económico de la región de las últimas décadas, debido en buena medida al largo período de la subida de los precios internacionales de los recursos naturales renovables y no renovables, que es la fuente principal de la riqueza en la región, ha generado inestabilidad social y política dada la falta de redistribución de dicha riqueza. Motivo por el cual a comienzos del siglo XXI han surgido: por un lado, los nuevos gobiernos de Venezuela, Bolivia y Ecuador que cuestionan el clásico modelo económico y político internacional, y; por otro

* Conferencia dictada en la University of Texas School of Law. Austin, March 4, 2011.

lado, los gobiernos de Brasil, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay que buscan conciliar sus programas nacionales con los nuevos estándares de la economía internacional. Mientras que países como México, Colombia y Perú se han allanado al nuevo modelo económico, con la consecuencia de las convulsiones sociales producto del narcotráfico que ello ha traído consigo.

Desde entonces se han producido reformas constitucionales en Brasil, México, Argentina; así como, también, se han promulgado nuevas constituciones mediante procesos constituyentes en Chile, Colombia y Perú o; se han aprobado por referéndum popular constituciones con un nuevo modelo político y económico en Venezuela, Ecuador y Bolivia (NEGRETTO)¹. En todas estas constituciones presidencialistas se han incorporado o profundizado el rol de la justicia constitucional, mediante la creación de tribunales o cortes constitucionales, salas constitucionales o, concentrando las competencias constitucionales en las cortes supremas.

En efecto, desde finales del siglo XX, la justicia constitucional en América Latina se ha instalado en la forma de tribunales o cortes constitucionales (Chile, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, Guatemala y República Dominicana), así también como una nueva competencia de la Cortes Supremas (Brasil, México, Argentina) o de una sala especializada de éstas (Costa Rica, Venezuela). Ello pone en evidencia dos cosas: una jurídica, que el Estado de Derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales (DE VEGA, 1987, p.283-309)²; y, otra política, que dada la experiencia autoritaria –militar o civil- en la región, no puede haber justicia constitucional, sin Derecho ni democracia, como tampoco puede haber democracia sin Derecho ni justicia constitucional (BÖCKENFÖRDE, 2000, p.118-131)³.

El afianzamiento y desarrollo de este modelo de Estado Constitucional constituye un desafío común para la región latinoamericana, que ha estado caracterizada por históricos problemas de inestabilidad jurídica y política, y por la necesidad de llevar a cabo reformas estructurales que democratizen el poder y distribuyan equitativamente la riqueza entre todos los ciudadanos (LANDA, 1996, 13-23).

¹ Asimismo, Cameron, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". En: <https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a_cameron.pdf>. (Visitado en enero de 2011).

² Asimismo, Leibholz, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 145-174.

³ Asimismo, Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007, pp. 41-46.

En ese escenario, se puede señalar que la justicia constitucional se encuentra inserta en el núcleo de las cuestiones del nuevo Estado constitucional, en la medida que su quehacer si bien es de naturaleza jurídico, dada la crisis de representatividad de las clásicas instituciones democráticas como el Congreso y el Poder Judicial, la justicia constitucional se ha convertido en una nueva instancia de canalización y resolución jurídica de grandes cuestiones políticas. Con los peligros que la justicia tenga todo que perder y la política nada que ganar (SCHMITT, 1931, p.35).

En ese escenario ha ido surgiendo el neoconstitucionalismo andino, inicialmente, en Colombia y posteriormente en Venezuela, Ecuador y Bolivia, como una forma distinta de concebir a la justicia constitucional; caracterizada porque busca superar el conflicto entre el principio democrático del cual emana la legitimidad de las nuevas asambleas o congresos con el principio de supremacía constitucional; por cuanto consideran que la legitimidad de los jueces constitucionales no es suficiente para convertirse en árbitros que decidan las cuestiones centrales en estos países que atraviesan procesos políticos de refundación del Estado (VICIANO; MARTÍNEZ)⁴.

No obstante se formulan críticas acerca que en estos últimos tres países se pueda estar construyendo jurídicamente un modelo de Estado y sociedad andino, pero a la vez medrando los valores y principios de la democracia, sin la cual el constitucionalismo quedaría reducido a una fórmula vacía y sometida al caudillismo populista latinoamericano de siempre (ANDRADE; OLANO, 2005, p.198).

Si el estado en que se encuentra la justicia constitucional es el termómetro de los avances o retrocesos de la democracia contemporánea en América Latina, se puede señalar que se observan distintas realidades y desafíos al constitucionalismo y a la justicia constitucional en la región, en función de la reformulación de las instituciones representativas, a través del radicalismo popular (Venezuela, Bolivia y Ecuador); así como en función de la mayor estabilidad institucional, pero con problemas de falta de transparencia y autonomía frente al poder (Brasil, Argentina, Chile) o los mismos problemas pero con menor institucionalidad y corrupción gubernamental (Perú y Colombia).

Estas experiencias están vinculadas con la implementación de un modelo político y económico neoliberal o uno alternativo, que impacta sobre la Constitución y llega a colocar a la justicia constitucional misma en el centro del

⁴ Asimismo, Uprimy, Rodrigo. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos". En VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Constituciones y Principios. Mesa 13 Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina. México, 6-10 Diciembre, 2010. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm> [visitado 14-02-2011]>. (visitado en febrero de 2011).

debate político; lo cual ha llegado a repercutir negativamente en la independencia, autonomía y/o estabilidad en el cargo de los magistrados constitucionales.

No obstante, la justicia constitucional Latinoamericana ha respondido dichos desafíos, en “casos límite” para el poder, a través del proceso de inconstitucionalidad de las norma legales impugnadas y del procesos de amparo en la tutela de los derechos fundamentales afectados por el poder público o probado. Procesos constitucionales que por su naturaleza en última instancia jurídica y política se constituyen en los indicadores de la afirmación o debilitamiento del Estado Constitucional en América Latina.

2. CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES

Como en un Estado Constitucional el principio democrático se encuentra en la base no sólo de la representación política del Estado, sino también del quehacer judicial; en América Latina se ha consagrado el principio según el cual, la potestad de administrar justicia emana del pueblo con arreglo a la Constitución y las leyes. Sin embargo, la justicia constitucional como entidad encargada del control judicial de las leyes ejerce un poder contra mayoritario de anular las normas legales inconstitucionales, tarea que no siempre es entendida por los poderes constituidos, en la medida que se asumen representantes exclusivos y excluyentes de la voluntad popular (BERGER, 1997, p.55).

Es precisamente frente a esta concepción democrática corporeizada tanto en el Presidente de la República y/o el Congreso de la Nación, que surge la necesidad del control judicial de las leyes en base a la norma constitucional y a los principios no menos importantes de libertad e igualdad (ELY, 1981, p.281 y ss)⁵. Se habilita a la justicia constitucional oponer a la soberanía popular, la soberanía de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales consagrados en ella.

En esa relación de tensión entre la soberanía popular y la supremacía constitucional, la justicia constitucional debería operar como un árbitro que se encuentra por encima del conflicto político y jurídico. Sin embargo, en la región latinoamericana, las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales no siempre pueden hacerse la ilusión de estar situados, ante la opinión pública, por encima de las partes de un proceso que ellos mismos han de juzgar. Pero, sí pueden generar consensos conjugando la *ratio* y la *emotio* que toda Constitución

⁵ Asimismo, Álvarez Álvarez, Fernando. “Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones de carácter contramayoritario del Poder Judicial)”. En: *Revista DIKAION-LO JUSTO*, Año 17, N.º 12, Colombia, Universidad de la Sabana, 2003.

tiene, mediante las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional (ATIENZA, 1997).

Ahora bien, éste no siempre ha sido el supuesto, sino que, por el contrario, muchas veces los tribunales y cortes forman parte del mismo conflicto en unos casos, dada su proximidad al gobierno que los nominó. Y cuando éste no ha sido el supuesto, el poder ha arremetido contra la justicia constitucional independiente, mediante los juicios políticos en Perú o Argentina y las renunciadas forzadas a los jueces constitucionales, como en Venezuela y Bolivia o la clausura del Tribunal Constitucional del Ecuador en el año 2004 o el del Perú en 1992. Ello, a partir de determinados procesos políticos que pone en evidencia cómo el poder en América Latina se relaciona con la justicia constitucional o puede acecharla en las causas límite para el gobierno.

Ello no ha sido óbice para que a partir del complejo proceso de la judicialización de la Constitución, los Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas en América Latina participen aunque subsidiariamente en la creación de las normas mediante su labor de intérpretes de la Constitución y a través de las sentencias atípicas, ejerciendo amplios poderes para controlar no sólo la forma, sino también el contenido de las normas y actos demandados de inconstitucionales. Por ello Cappelletti (1984, p.629), ha señalado lo siguiente: “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del *grado* de la fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”.

Este proceso de constitucionalización y judicialización del Estado de Derecho no ha dejado de lado el principio de legalidad y el de la ley, en la medida que constituyen las categorías básicas del ordenamiento jurídico, en función del cual se viene ejecutando la reorganización del Estado, la sociedad y la economía (PÉREZ ROYO, 1985, p. 93-143)⁶.

Sin embargo, la otrora noción de ley –general, abstracta, intemporal- ya no expresa las necesidades de los nuevos poderes públicos ni privados, sino más bien, se demanda cada vez más la expedición de leyes especiales o decretos de urgencia –particulares, concretos y transitorios-, propios del presidencialismo latinoamericano. Frente a las normas cuestionadas de inconstitucionales ante la justicia constitucional, los jueces han respondido desde la auto limitación, diluyendo su mandato como organismo encargado del control constitucional, hasta el activismo judicial que coloca al juez constitucional en una posición de cuasi legislador positivo.

⁶ Asimismo, Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1996, pp. 911 y ss.

Ahora bien, este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico y la tendencia al uso de normas legales especiales, pone de manifiesto no sólo la crisis de la clásica noción de ley y legalidad, sino que lleva a replantear la manera de entender el control constitucional de las leyes, en cuanto al nuevo rol de la magistratura, los principios con que opera la jurisdicción constitucional, la vinculación de su jurisprudencia, las técnicas de la argumentación jurídica y los tipos de sentencias típicas y atípicas (FERRAJOLI, 2003, p.13 y ss)⁷.

No es el momento para abordar la complejidad de todos estos temas, sino analizar la temática de la justicia constitucional en América Latina, a partir de las premisas jurídico-políticas del control constitucional al poder político parlamentario y sobretodo presidencial, en una región con una larga tradición autoritaria.

Ello no es óbice para señalar, que en la región se hecho necesario el desarrollo de un Derecho Procesal Constitucional de raíces latinoamericanas, no exenta de la impronta europea de la justicia constitucional; donde la incorporación del uso de las sentencias atípicas constituye la punta del *iceberg* del debate, en la medida que resuelven sobre la constitucionalidad o no de una norma legal, ofreciendo una amplia gama de respuestas judiciales sobre el fondo y forma de la controversia.

En el clásico modelo de control constitucional de la ley, éste tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a la jurisdicción constitucional en base a un canon valorativo constitucional —*función de valoración*—. Sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso de control se expresa en la expedición de una sentencia que expulsa una norma legal del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional —*función pacificadora*—. Esta decisión de eliminación tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados, de las normas jurídicas —*función ordenadora*— (JIMÉNEZ CAMPO, 1997, p.24 y ss).

Sin perjuicio de ello, la experiencia del control constitucional de las leyes en América Latina viene produciendo sentencias que se pronuncian más allá o fuera de lo demandado —*ultra petita* y *extra petita*-; donde los efectos del fallo si bien en principio son a futuro —*ex nunc*- también pueden ser moduladas con efectos retroactivos —*ex tunc*- o incluso disponiendo dejar la aplicación de sus efectos a futuro, pero sujeta a una condición material o temporal —*vacatio sententiae*-; donde no sólo el fallo es vinculante, sino también los fundamentos que expresan la razón jurídica —*ratio decidendi*-.

⁷ Asimismo, Atienza, Manuel. "Argumentación y Constitución". En: Aguiló, Joseph, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007, pp. 113 ss.

Asimismo, el fallo no siempre será mandatorio, sino que puede ser de apelación o exhortación al legislador a fin de que corrija el potencial vicio de inconstitucionalidad; donde el fallo demanda la aprobación de políticas públicas al gobierno, las cuales deberán ser objeto de supervisión en su cumplimiento por la magistratura constitucional; o que la cosa juzgada constitucional permita la anulación de fallos de la justicia ordinaria, entre otras fórmulas. Lo cual apareja el debate en torno a la actuación de los tribunales constitucionales como entidades jurisdiccionales exorbitantes.

Sin embargo, cabe señalar que la gran diferencia entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria radica en el ejercicio del control abstracto de las normas legales. Por cuanto el control del poder al constituir una tarea jurídica y política, se requiere de una legitimidad no sólo por su origen, sino por los resultados, en base a una consistente argumentación constitucional. Por eso, en América Latina se viene incorporando y desarrollando jurisprudencialmente la doctrina comparada acerca de la naturaleza, tipos, alcances y límites de las sentencias constitucionales (FIX-ZAMUDIO, 2009, p.7).

Así, por un lado, la sentencia constitucional como cualquier otra sentencia en principio está investida de la misma naturaleza de un fallo judicial ordinario; sin embargo, dada la finalidad material al cual está vinculado un proceso constitucional, se ha trasladado mecánicamente una falsa dicotomía propia de una sentencia ordinaria, al declarar fundada o infundada una demanda y, en consecuencia, expulsar una norma o mantenerla en el sistema jurídico.

Ello es así, debido a que el juez constitucional, al identificar un vicio sobre la constitucionalidad de una norma legal, se le presenta un abanico de opciones entre la declaración de constitucionalidad e inconstitucionalidad de la norma impugnada, a partir de lo cual puede construir diferentes tipos de sentencias atípicas, con diversos alcances, límites y efectos jurídicos en su fallo.

Precisamente esa situación ha dado lugar, por un lado, que se ponga en cuestión a las sentencias constitucionales atípicas en la medida que no sólo declaran fundada o infundada una demanda; y, por otro lado, que se acuse a los jueces constitucionales de operar como legisladores positivos. Lo cual, se ha señalado, pone en entredicho el clásico principio de división de poderes, la legitimidad democrática del legislador y hasta la propia seguridad jurídica; en la medida que, como diría en su día Forsthoff (1975, p.244): “una jurisdicción independizada es una jurisdicción en expansión”⁸

⁸ A modo de ejemplo revisar el Proyecto de Ley N.º 14321/2205-CR que propuso que el Tribunal Constitucional del Perú no sea el intérprete supremo de la Constitución, ni pudiera dictar sentencias interpretativas, el cual fue rechazado en su admisión. Ver en Landa, César (editor). *Tribunal*

Por ello, corresponde recuperar el viejo concepto de la jurisprudencia —*juris prudentia*—, frente a la ciencia jurídica —*scientia juris*—. En tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a fundamentar sus decisiones en los principios constitucionales y en la ponderación de valores, mientras la segunda encuentra en la racionalidad formal de la aplicación de las reglas, a través de la subsunción de los hechos en la norma, el único camino para la comprensión de la Constitución.

Además, mientras la *scientia juris* pretende llegar a un criterio, excluyente, de verdadero/falso, conforme a la lógica excluyente del *aut-aut* o “dentro o fuera” —*Entweder oder-*; la *juris prudentia* busca, más bien, acercarse a la verdad constitucional progresivamente, de lo menos a lo más. Esto último es lo que los antiguos llamaban *prudencia* y que, contemporáneamente, se denomina *ponderación* o *razonabilidad* (ZAGREBELSKY, 1995, p.122-126).

Ello resulta necesario, por cuanto, sólo en un Estado Constitucional basado en la justicia se presenta la compleja tarea jurídica y política del control constitucional, ante las insuficiencias y los nuevos desafíos del actual proceso de democratización; para lo cual el análisis de la vinculación de las técnicas de la elaboración de las sentencias a la solución de las cuestiones políticas, económicas y sociales pendientes de solución, permitirá valorar las consecuencias y eficacia de la justicia constitucional en el fortalecimiento de la democracia.

3. AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El amparo constitucional es una institución procesal producto del tránsito del Estado de Derecho basado en la ley hacia un Estado de Derecho basado en la Constitución. Esta innovación aparece modernamente cuando la vieja noción de los derechos públicos subjetivos de creación legislativa, que reconocía los derechos y libertades en los códigos y otorgaba al Poder Judicial su tutela, se transformó en el siglo XX en derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los cuales requerirán defensa y protección a través de procesos constitucionales como el amparo, a ser resueltos por tribunales constitucionales (España 1931, Alemania 1949) (LEIBHOLZ, 1971, p.145-174)⁹. Ello sin perjuicio que en sus antecedentes europeos existiera un recurso de queja, por ejemplo en la Constitución Suiza de 1848.

Constitucional y control de poderes: documentos de debate. Lima: Tribunal Constitucional del Perú – Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 135.

⁹Asimismo, De Vega, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 283-309.

No obstante, es recién en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial que el Estado Constitucional de Derecho se afirma en un conjunto de valores y principios democráticos que otorgan a los derechos fundamentales una naturaleza no sólo subjetiva e individual, sino también un carácter objetivo como garante de la persona humana y de su dignidad. Desde entonces el proceso de amparo cumple tanto con tutelar el derecho individual, como también asegurar los valores institucionales en que se asienta dicho derecho constitucional; tareas que cumplen los tribunales constitucionales o queda reservada para los Cortes Supremas, en última instancia, como intérpretes supremos de la Constitución y guardianes de los derechos fundamentales.

En América Latina, el amparo entendido como proceso constitucional contemporáneo es de larga data. Se incardina en los procesos de modernización democráticos a través de las nuevas constituciones o reformas constitucionales del siglo XX (México 1917, Brasil 1934, Perú 1979, Colombia 1992, Argentina 1994) (LANDA, 1996, p.13-23). No obstante, es del caso precisar que desde la época de los Imperios Español y Portugués, existieron el amparo colonial y la *seguridad real*, respectivamente. Pero, una vez asentada la vida republicana, durante el siglo XIX bajo la influencia sajona se fue incorporando el interdicto del habeas corpus en nuestra región, desde donde luego se fue consagrando el juicio o recurso de amparo; sin perjuicio del amparo mexicano de la Constitución de 1857 o la de Yucatán de 1840.

Sin embargo, el desarrollo contemporáneo de la justicia constitucional en torno a los tribunales constitucionales o cortes supremas ha hecho del proceso de amparo el mejor indicador para caracterizar el estado de la tutela de los derechos fundamentales en la región latinoamericana. Si bien el amparo ha surgido como un instrumento procesal de fortalecimiento de dichos derechos, también es cierto que en la actual hora democrática existen, déficits de institucionalidad estatal y social que llevan a concebir al amparo como un “noble sueño” o como “una pesadilla” (HART, 1994, p.327-350).

Es un “noble sueño” en la medida que los jueces deben aplicar el Derecho existente y no crear nuevas normas aun cuando la Constitución y las leyes no ofrezcan una regla determinada para resolver un amparo. Ello supone partir de una noción positivista y normativista del proceso de amparo, que se encuentra regulado por la norma constitucional y legal, delimitando la función interpretativa del juez constitucional y los alcances de sus sentencias; lo cual usualmente se corresponde con una concepción individualista de los derechos que protege el amparo y, en consecuencia, obliga al juez a pronunciarse exclusivamente sobre el petitorio de la demanda —principio de congruencia—,

convirtiendo al amparo en un proceso formalista y subjetivo (DÍEZ-PICAZO, 1996, p.17-74)¹⁰.

Pero, el amparo también se convierte en “una pesadilla” cuando los jueces y tribunales constitucionales, para declarar fundado el derecho demandado, crean una norma jurídica que permite resolver la pretensión planteada; aunque no se trate de inventar una norma incompatible con la Constitución, sino más bien identificar la que razonablemente se derive de una disposición constitucional de principio.

Eso supone que la norma constitucional sea concebida también como norma histórica y social, permitiendo así una labor interpretativa y argumentativa del juez en aras de la tutela del derecho violado, de acuerdo con la realidad de la que emana; reconociendo también derechos colectivos, ampliando la legitimidad de las partes y desarrollando diversos tipos de sentencias y mandatos incluso con efectos generales o normativos, con alcances no sólo para las partes, sino también para todos. Ello configura un status del juez que lo convierte en una suerte de juez-pretoriano y al amparo en un proceso garantista y objetivo (XÍOL-RÍOS, 1996, p.75-107)¹¹.

Ello se debe a que “cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento lleva consigo una concepción de Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación (...)” (ZAGREBELSKY, 2004, p.18). Por ello, estas dos concepciones jurídicas del proceso constitucional nos recuerda que la Constitución y el Derecho Procesal se colocan en una línea de tensión en función de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales y la tutela objetiva de la Constitución; tensión en la cual el juez constitucional adopta diversas posturas, a partir de la aplicación y/o interpretación normativa (ZAGREBELSKY, 1977, p.39-69), que se pone en evidencia en la *praxis* jurisprudencial latinoamericana.

Dicha concepción ha puesto en evidencia en América latina que el proceso constitucional de amparo cumple un rol protagónico en la protección de los derechos de las personas, sobretodo en una región caracterizada por contar con regímenes democráticos de mayor intensidad que buscan consolidar los fundamentos del Estado constitucional; mientras que otros regímenes de menor intensidad que no aseguran una protección general de los derechos humanos como límite a los excesos del poder.

¹⁰ Asimismo, MONTERO AROCA, Juan (coordinador). Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia Tirant lo Blanch, 2006, p.438.

¹¹ Asimismo, Jania Maria Lopes Saldanha, Angela Araújo Espindola. A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2009, Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 311-328.

Sin embargo, cabe señalar que los desafíos del amparo en un proceso de diferentes velocidades de la transición democrática son de naturaleza distinta, al estar vinculado directamente con los problemas democráticos de origen de cada país. En efecto, la naturaleza procesal del amparo tiene en su configuración constitucional, legislativa o jurisprudencial una concepción de la Constitución y del proceso, no exenta de la tensión permanente entre la política y el Derecho, como sucede en todo tipo de procesos al afrontar casos difíciles, por cuanto detrás de un gran proceso de amparo, siempre existe una gran cuestión de poder (TRIEPEL, 1986, p.33-78).

Por ello, en América Latina encontramos modelos del proceso de amparo que van, por un lado, desde un “noble sueño” para quienes encuentran al proceso de amparo y a la justicia constitucional como mecanismos para obtener justicia, pero muchas veces con el peligro de su abuso o incluso fraude de los valores de la Constitución. Y, por otro lado, hasta “una pesadilla” para las élites sociales de siempre que no han necesitado de la justicia constitucional para proteger sus intereses y más bien se preocupan y critican el rol que cumplen los valores constitucionales e institutos procesales que desarrollan los jueces del amparo para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos comunes.

En ese arco iris de posibilidades, cada país ha diseñado normativamente su modelo de amparo y más aún lo viene judicializando de distintas formas, en función de la tensión que produce la demanda por más derechos civiles, políticos, económicos y sociales, y, la oferta muchas veces limitada de derechos por parte de los poderes públicos y privados, a pesar de no encontrarse la región en una época de dictaduras o de crisis económica, sino con normas constitucionales y legales amplias en derechos; lo cual deja en manos de los operadores jurídicos y políticos la eficacia de dichos mandatos.

Por ello, en línea de conclusión se puede señalar que en unos países el amparo puede ser concebido como un recurso procesal dependiente de los procesos ordinarios y en última *ratio* de los códigos procesales civiles, como en el caso mexicano, o, en otros países es entendido como un proceso judicial autónomo, con normatividad procesal especial en principio, como el caso peruano; asimismo, para unos países su naturaleza puede ser unilateral y de protección subjetiva e individual del derecho fundamental, en tanto su fin es el *favor libertatis* o el *pro homine*, como en el caso argentino, y, para otros su naturaleza puede ser la de un proceso bilateral y de carácter también objetivo, tanto en cuanto hay una relación de interdependencia entre los derechos de libertad y las competencias de la autoridad o de otros particulares, como orientada a la protección de valores constitucionales, como en el caso colombiano.

De un lado, en algunos países el amparo se agota en las normas constitucionales y legales, dejando al juez la labor formalista de la aplicación de las mismas, como en el Brasil, y; de otro lado, se tiene una concepción que hace del amparo un medio de realización de dichas normas mediante la interpretación y argumentación jurídica, no exenta de establecer reglas procesales, a través de la autonomía procesal que desarrolla el juez, como el caso peruano o colombiano. El amparo en algunos países tutela derechos pre constituidos cuando son violados, por ello se le reconoce al amparo un efecto meramente reparador, como en Argentina o Brasil; pero, en otros, además de ello, surge la tutela mediante el amparo de derechos colectivos e implícitos que emanan de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, tutelándolos innovativamente, como en Colombia y Perú.

Asimismo, en algunos países una relación jurídica se traslada rígidamente a la relación jurídica procesal, de donde emana la legitimación activa y pasiva para actuar, salvo la incorporación de terceros con legítimo interés, como en México; mientras que en otros países el modelo deja la relación procesal abierta a la legítima intervención de terceros —*amicus curiae*—, como en Brasil e incluso instituciones garantes de los derechos fundamentales —defensorías del pueblo—, como en Perú y Colombia. En unos casos, el amparo procede contra la autoridad en la medida que se concibe que la violación a los derechos fundamentales sólo puede provenir de los poderes públicos —eficacia vertical—, como en Brasil y México, mientras que en otros países además de ello se faculta a interponer el amparo contra particulares —eficacia horizontal—, como en Argentina, Colombia o Perú. En consecuencia, mientras que en unos países el amparo cabe contra sentencias judiciales y actos de gobierno, como en México y Brasil, en otros, además de ellos se puede incoar contra normas legales de forma directa cuando son normas auto aplicativas, como en Argentina, Perú y Colombia.

Finalmente, por todo ello, se puede señalar que “el noble sueño” del modelo del amparo clásico reposa en una concepción liberal y privatista del proceso vinculada al quehacer de la justicia ordinaria, llevada a cabo en principio por los tribunales o cortes supremas que remontan a duras penas los anclajes del proceso privado. Mientras que “la pesadilla” del amparo moderno es una concepción garantista del proceso, que desarrollan sobretodo los tribunales constitucionales; los cuales en general vienen cumpliendo un rol protagónico en la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la defensa de la supremacía constitucional.

4. PERSPECTIVA

Los desafíos contemporáneos al constitucionalismo latinoamericano han pasado de ser políticos —democracia y derechos humanos— y económicos

–garantías para las inversiones y comercio libre-, para incorporarse temas específicos como las materias ambientales –energías renovables, recursos naturales, en especial el agua,- y culturales –derechos de los pueblos indígenas-, los mismos que vienen reformulando la agenda del Estado en América Latina, sin que se haya llegado a resolver todos los problemas previos o de origen, como la pobreza y extrema pobreza, corrupción, narcotráfico, enfermedades epidémicas y hasta analfabetismo, entre otros.

En ese entendido el constitucionalismo lentamente ha ido aprobando nuevas constituciones o reformas que permitan encausar los nuevos temas/ problemas en cada país; donde la justicia constitucional a través de las acciones de inconstitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo, expresan lenta y algunos erráticamente la constitucionalización de la vida política, económica, social y jurídica. No obstante, hay evidencias que muestran que ellos pueden significar una regulación meramente semántica o nominal, cuando la Constitución y la justicia constitucional sólo son consideradas como un medio y no un fin en sí mismos, por los gobernantes latinoamericanos.

Ello, muchas veces, se debe a que el constitucionalismo en tanto forma de vida de la sociedad y del Estado, debe estar representado no solo en la Constitución, sino también debe ser defendido y desarrollado por el Presidencialismo, y; sobre todo por las autoridades judiciales del Poder Judicial y/o del Tribunal Constitucional. Más aún, en una época de crisis de valores donde es necesario comprender que “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política” (DE CABO MARTÍN, 1997, p.303).

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ, Fernando. “Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones de carácter contramayoritario del Poder Judicial)”. En: *Revista DIKAION-LO JUSTO*, Año 17, N.º 12, Colombia, Universidad de la Sabana, 2003.
- ANDRADE, Pedro; OLANO, Aldo. *Constitucionalismo autoritario: los regímenes contemporáneos en la región Andina*. Quito: Corporación Editora Nacional – Centro Andino de Estudios Internacionales Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- ATIENZA, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En: Aguiló, Joseph, Manuel. Atienza, Juan. Ruiz Manero. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel. 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- BERGER, Raoul. *Government by judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendment*. Indianapolis: Liberty Fund., 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

CAMERON, Maxwell. "Reforma constitucional en América Latina en la actualidad". En: <https://www.arts.ubc.ca/fileadmin/template/main/images/departments/poli_sci/Faculty/cameron/maxwell_a_cameron.pdf>. (Visitado en enero de 2011).

CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional". En: *AA. VV. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEC, 1984.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: UNAM, 1997.

DE VEGA, Pedro. "Neoliberalismo y Estado". En: *Pensamiento Constitucional*. Año IV, N.º 4. Lima: Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997

DE VEGA, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

DÍEZ-PICAZO, Ignacio. "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo". En Ignacio Díez-Picazo, Juan Xiol Ríos *et al. La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust, a theory of judicial review*, Harvard University Press, United States, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: M. Carbonell (editor) *Neoconstitucionalismo(s)*. Barcelona: Editorial Trotta, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y Eduardo Ferrer-Mac-Gregor. *Las sentencias de los tribunales constitucionales*. México: Editorial Porrúa, 2009.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 244.

HART, Herbert. "Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño". En: *VV.AA. El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica, 1994.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Qué hacer con la ley inconstitucional". *Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEC, 1997.

LANDA, César. "La vigencia de la Constitución en América Latina". En: César Landa – Julio Faúndez. *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1996.

LANDA, César. (editor). *Tribunal Constitucional y control de poderes: documentos de debate*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú – Konrad Adenauer Stiftung, 2006

LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra, 2007.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

MONTERO AROCA, Juan (coordinador). *Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia Tirant lo Blanch, 2006.

NEGRETTO, Gabriel. "Paradojas de la reforma constitucional en América Latina". En: <<http://www.journalofdemocracyenespanol.cl/pdf/negretto.pdf>> (Visitado en enero de 2011).

PÉREZ ROYO, Javier. "La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno". En: *Bar Cendon, Montero, Pérez Royo, Schneider y otros. El Gobierno*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 1985.

SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo. "A Jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 2009 Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.

TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*. Madrid: Civitas, 1986.

UPRIMY, Rodrigo. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos". En VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Constituciones y Principios. Mesa 13 Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina. México, 6-10 Diciembre, 2010. En: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/es/g13.htm>>. Visitado en febrero de 2011.

VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Roberto. "¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?"

XÍOL-RÍOS, Juan Antonio. "Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»". En Ignacio Díez-Picazo, Juan Xiol Ríos et al. *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional*. México: FUNDAP, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1977.