



Centro de
Derechos
Humanos

Una Institución Académica Regional
al servicio de los Derechos Humanos



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

PONENCIA

XVI SEMANA JURIDICA DA UNIVERSIDADE DE BRASILIA

**“LOS DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO
LATINOAMERICANO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”**

**Claudio Nash Rojas
Doctor en Derecho
Universidad de Chile**

Brasilia, Brasil, 24 de noviembre de 2010

I. OBJETIVOS DE LA PRESENTACIÓN

En el marco de esta mesa relativa a los nuevos rumbos del constitucionalismo latinoamericano, me parece relevante plantear el tema relativo a los desafíos del constitucionalismo en materia de derechos fundamentales. En ese entendido, me parece que el tema del impacto que está teniendo derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en la configuración de los derechos fundamentales es central. En esta materia hay dos preguntas que pueden ser de utilidad para guiar nuestra discusión: ¿cómo se puede caracterizar el proceso la incorporación del DIDH a nivel local? y ¿cuál ha sido el impacto de dicho proceso en materia de derechos fundamentales? Mi tesis es que la relación entre ambos sistemas normativos revela un proceso de convergencia marcado por el paso desde la subsidiariedad del sistema internacional de derechos humanos, hacia una interacción ente ambos sistemas, que ha permitido configurar una concepción robusta de derechos fundamentales.

Por tanto, en mi presentación buscaré configurar esta concepción robusta y me haré cargo de algunas cuestiones que giran en torno a este tema, principalmente, la redefinición entre la relación derecho interno y derecho internacional; la cuestión acerca de la legitimidad de la una concepción robusta de derechos fundamentales en el marco de un sistema democrático; para terminar con algunas amenazas a este proceso.

Desde mediados del siglo XX somos testigos de la configuración a nivel nacional e internacional, de sistemas normativos preocupados de la protección de derechos humanos. Dichos sistemas se fueron desarrollando en forma paralela y en una primera etapa la relación entre el sistema internacional y los sistemas nacionales estuvo marcada por la discusión acerca de la forma de recepcionar las normas internacionales en el ámbito interno, esto es, un debate muy propio del constitucionalismo comparado. Esta relación ha sido resuelta, generalmente, mediante decisiones normativas-constitucionales que han establecido procedimientos de adopción de obligaciones internacionales y de recepción interna, así como la jerarquía de dichas obligaciones de origen internacional¹. A partir de este proceso, la visión tradicional sobre la relación derecho interno – derecho

¹ DULITZKY, A., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José Costa Rica, 1996, pp. 129-166

internacional giraba en torno a ciertos temas puntuales o ciertos “puntos de contacto”².

La etapa de incorporación formal ha ido dando paso a una segunda etapa caracterizada por la **incorporación sustantiva de los estándares** desarrollados en el ámbito internacional, para resolver cuestiones internas de los Estado. Esta etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1998) o de reforma de los mismo (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989, Colombia 1991). Este proceso ha permitido un debate en profundidad sobre los alcances de esta nueva realidad constitucional. Es importante tener en consideración que este desarrollo ha ido más allá de lo constitucional y explica los procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia, por mencionar algunos hitos. Dichas reformas no han sido neutras, sino que han tenido objetivos claros y precisos: por una parte, obtener una garantía de los derechos y que estos se encuentren al alcance de las personas; por otra, desarrollar sistemas nacionales compatibles con los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

En materia jurisprudencial, el proceso más interesante ha estado dado en el ámbito de la jurisprudencia latinoamericana que ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para resolver casos a nivel nacional. Claros ejemplos de esto encontramos en los razonamientos de los tribunales nacionales incorporando estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales, marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado; nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional³.

² Por ejemplo los temas propios del agotamiento de los recursos internos o el cumplimiento de las resoluciones internacionales en el ámbito nacional.

³ Ver *Diálogo Jurisprudencial*, editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) desde 2006 y con seis números a la fecha.

Este proceso tuvo su origen en algunas jurisprudencias de tribunales superiores que establecieron el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las jurisdicciones nacionales. Dos casos pueden ser citados en este proceso inicial, Argentina y Costa Rica:

La Suprema Corte de Justicia Argentina, señaló en el *Caso Ekmekdjian vs. Sofovich*:

“21. Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1)”.

Por su parte, la Corte Suprema de Costa Rica, en la sentencia 2313-95 señaló:

“...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la fuerza obligatoria de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán -de principio- el mismo valor de la norma interpretada”.

A partir de este razonamiento comenzó un fuerte proceso de incorporación de la normativa internacional en el ámbito interno que ha tenido consecuencias en la recepción de estándares internacionales, pero también en la configuración de una concepción robusta de derechos fundamentales en la región.

II. CONCEPCIÓN ROBUSTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por ello, me interesa esbozar algunas consecuencias de este proceso de convergencia y respecto de las cuales es importante prestar atención, en particular, por sus implicancias teórico-prácticas para la garantía de los derechos humanos. La recepción constitucional de estándares internacionales ha permitido la configuración de una concepción de derechos fundamentales, cuyos elementos corresponden a un desarrollo particular de los elementos propios de todo concepto de derechos fundamentales: estándares normativos

sobre derechos subjetivos individuales que recepcionados constitucionalmente cumplen funciones de validación de la actividad estatal. En el proceso de interpretación de estos elementos frente a la realidad de nuestra región se verifican algunas tendencias:

- Los estándares normativos relativos a derechos individuales son incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- Estos estándares comprenden una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente. Esta visión amplia de los derechos implica la consagración no sólo de libertad, sino que también de derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- Se desarrolla un cuerpo de mecanismos eficaces de protección de los mismos;
- A la vez, un sistema normativo que consagra derechos fundamentales contempla un rol activo de los órganos judiciales en cuanto intérprete de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores.

Todo ello ha llevado a configurar una interpretación de los derechos fundamentales con características particulares que la distinguen de los desarrollos europeos en la materia – aun sin cambiar de paradigma- y que pretenden ser una respuesta efectiva ante la realidad de nuestra región, que sea compatible, además, con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Los principales elementos que configuran esta concepción robusta de los derechos fundamentales⁴ son los siguientes:

- La concepción que emana de la jurisprudencia constitucional interpreta los estándares normativos como un sistema complejo de normas, integrado por principios y reglas⁵. Los efectos concretos de esta interpretación han sido la

⁴ La jurisprudencia comparada tiene su origen en casos de la Corte Constitucional Colombiana, Sala Constitucional de Costa Rica, la Suprema Corte Argentina y el Tribunal Constitucional de Perú. Un análisis comparativo que permite esta conclusión, en NASH C., *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias Jurisprudenciales*, Editorial Fontamara, 2010.

⁵ ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002, pp. 81-172; “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 66, 2002, pp. 13-64.

configuración de derechos fundamentales a partir de principios constitucionales, la concreción de derechos fundamentales consagrados como principios⁶ y, en materia de solución de conflictos entre principios, la aplicación del juicio de ponderación como instrumento hermenéutico⁷. Además, estos estándares normativos han sido interpretados como obligaciones complejas que, en cada derecho, implican al Estado obligaciones positivas y de abstención⁸.

- Sobre la recepción constitucional, la jurisprudencia constitucional regional ha interpretado que los derechos con protección constitucional son aquellos contemplados en los catálogos de derechos constitucionales y también gozan de esta protección especial aquellos derechos que pueden estar establecidos en otros lugares del texto constitucional (expresados como normas, ya sea principios o reglas), además esta protección especial se aplica a otros que son incorporados por vía interpretativa⁹. Destaca en este punto el desarrollo amplio que se ha hecho de la institución del "Bloque de Constitucionalidad" y la tendencia a considerar la jurisprudencia internacional como fuente de los derechos (vía interpretación auténtica de los mismos)¹⁰.
- Sobre los derechos fundamentales como elementos de validación de la actuación de los Estados, la jurisprudencia constitucional regional entiende los derechos como un límite al poder del Estado que se expresa a través de las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales. La función objetiva se vincula con la legitimación de las decisiones de los órganos del Estado; la subjetiva, con

⁶ Sentencia T-426/92 (caso mínimo vital, Corte Constitucional, Colombia); Sentencia 300-90 (caso sobre recurso apelación, Sala Constitucional, Costa Rica); Sentencia 1739-92 (caso sobre debido proceso Sala Constitucional, Costa Rica).

⁷ Sentencias C-1287/2001 y T-453/2005 (Corte Constitucional Colombia) y Sentencia 00045-2004-AI (Tribunal Constitucional Perú).

⁸ Caso T-025/04 (Corte Constitucional, Colombia); Caso 2016-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional, Perú); Caso 6096-97 (Sala Constitucional, Costa Rica).

⁹ FAVOREU, L. Ponencia francesa, en *El Bloque de Constitucionalidad*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pp. 17-53; UPRIMNY, R., *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*, Colombia, 2006, pp. 4-88; RUIZ-TAGLE, P., "El Constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia", en CRISTI, R. Y RUIZ-TAGLE, P. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo republicano*. Lom Ediciones, Serie Sociedad y orden jurídico, Santiago-Chile, 2006, pp. 95-128.

¹⁰ A modo de ejemplo ver: C-225/95 (Corte Constitucional, Colombia); 2313-95 (Sala Constitucional, Costa Rica); Caso *Espósito, Miguel A. s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, 2005 (Corte Suprema Argentina) y Caso 00007-2007-AI (Tribunal Constitucional Perú).

la garantía efectiva de derechos subjetivos iusfundamentales¹¹. La jurisprudencia ha dado un alcance amplio a esta función y, en particular, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado la institución del "estado de cosas inconstitucional" que permite redefinir, a partir de las necesidades de protección que plantea la realidad local, un diseño de garantía a través de esta figura¹². Esto ha permitido cumplir en forma *sui géneris* con las funciones objetivas y subjetivas en ciertos casos de violaciones estructurales de derechos fundamentales.

III. NUEVA RELACIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este proceso de convergencia configura, sin duda, una nueva relación entre la protección nacional e internacional de derechos humanos. En términos generales, es posible sostener que los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de la interacción¹³. Entiendo por interacción entre los sistemas nacionales e internacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales constituye uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un **énfasis preventivo**, esto es, será en el ámbito nacional donde se define la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones.

¹¹ En esto la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha seguido a la europea. Los principales casos europeos relativos a las funciones de los derechos fundamentales son: *Caso Lüth*, 15 enero 1958, (Tribunal Constitucional Federal, Alemania); *Caso 21/81* de sentencia de 15 de junio de 1981 y *Caso 25/81*, de 14 de julio de 1981 (ambos del Tribunal Constitucional español).

¹² Corte Constitucional Colombiana, ver casos, T-153/1998 (caso cárceles) y T-025/04 (caso desplazados).

¹³ También el tema de la interacción ha sido tratado por CASCADO TRINDADE, A.A.. "La Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos", en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 267-315.

Una aclaración necesaria, la interacción supone una mutua influencia. En este trabajo me centro en la influencia internacional hacia la nacional. El camino inverso también se ha dado, pero no es objeto de preocupación en este estudio; sólo a modo de ejemplo, se pueden señalar la influencia que han tenido los desarrollos normativos nacionales en la configuración de derechos colectivos protegidos a nivel internacional; la configuración del derecho de acceso a la información; la garantía del "control de convencionalidad" que tiene su origen en el control de constitucionalidad propio del ámbito interno, las garantías penal del inculpaado y su impacto en derecho penal internacional, entre otras materias.

Finalmente, los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación.

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y regresión y velar por su integralidad de sentido y función¹⁴. Constituye **interacción normativa** la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales¹⁵. Sin embargo, no puede dejar de tenerse presente que ambos sistemas tienen una lógica particular y, por tanto, esta interacción normativa requiere de un esfuerzo de adecuación de los estándares obedeciendo a cada lógica: la protección internacional se desarrolla a través de formas que buscan prevenir las violaciones de derechos fundamentales por medio del control y guía de los actos estatales permitiendo a los Estados adecuar sus prácticas internas y no sólo su legislación¹⁶; la instancia nacional debe preocuparse de organizar todo el aparato del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Todo ello apunta a la idea de Peces-Barba en orden a que esta interacción normativa requiere de una "homogeneidad estructural"¹⁷, que implica buscar las mejores garantías en el plano nacional e internacional, sin que la aplicación de ninguno de estos sistemas pueda implicar un menoscabo a los derechos reconocidos al individuo. Dicho esto debemos señalar que la homogeneidad estructural debe tener en consideración los límites establecidos por el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, que nos permite hablar de ciertas obligaciones *erga omnes*, esto es, normas establecidas en beneficio de la humanidad como un todo y respecto de la cual todos los Estados tienen interés en su respeto y, por tanto, son obligatorias para el Estado, aún sin

¹⁴ PÉREZ LUÑO, L., *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, edición 1993, p 66.

¹⁵ Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, ver PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999, pp. 655-659.

¹⁶ MEDINA, C. y NASH, C., "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina", en MEDINA, C. y NASH, C. Documentos Oficiales. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, Santiago-Chile, diciembre 2003.

¹⁷ Peces-Barba, 1999, p. 664.

haber concurrido con su voluntad expresamente, lo cual constituye un sistema dual de protección y límite al sistema interno¹⁸.

En cuanto a la **interacción jurisdiccional**, esta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso jurisdiccional, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de estos. Lo central para una efectiva garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. En esa lógica los sistemas nacionales deben guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente; de no hacerlo comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Así, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las garantías procesales deberán adecuarse para cumplir con los estándares internacionales; el recurso de inconstitucionalidad en materia de derechos fundamentales deberá ser resuelto a la luz de la normativa internacional y de su jurisprudencia; deberán establecerse en el ámbito interno recursos sencillos y rápidos que garanticen los derechos fundamentales; el recurso de *habeas corpus* (recurso especial) también deberá cumplir con la normativa y criterios internacionales, tanto en lo formal como en sus efectos¹⁹.

Finalmente, tal como diría el profesor Cancado Trindade²⁰, debemos tener en consideración que el conjunto de la normativa internacional e interna en materia de protección de los derechos fundamentales, constituyen normas intangibles, fuera del alcance del voluntarismo estatal y por tanto, un límite a la soberanía. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.

¹⁸ ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991.

¹⁹ En esto he seguido el esquema de protección jurisdiccional de Pérez Luño, 1993, pp. 79-93.

²⁰ Ver fallos razonados, Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez*, *Caso Herrera Ulloa*; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*.

IV. EL DESAFIO DE LA LEGITIMIDAD

Los diseños institucionales adoptados por las Constituciones nacionales de la gran mayoría de países y en el ámbito internacional tienen elementos comunes: consagran un sistema de catálogos de derechos humanos y establecen mecanismos de control jurisdiccional contramayoritarios. Por tanto, el diseño institucional ha tomado por opción un sistema de derechos con garantía constitucional y, además, opta por un sistema de control de las decisiones de las mayorías a través de mecanismos jurisdiccionales.

Desde esta perspectiva, es importante distinguir adecuadamente cuáles son las críticas que se dirigen al diseño y cuáles son dirigidas a la praxis dentro del diseño. Muchas de las críticas que se formulan a la praxis no son sino una manifestación de críticas al diseño, lo que no es apropiado, o al menos, no parece honesto.

Me parece que son dos los elementos que definirán la legitimidad del órgano de control: la actuación dentro de su competencia y la compatibilidad con los procedimientos creados al efecto. En concreto, la práctica institucional será legítima en la medida que el órgano de control haya interpretado los derechos dentro de ciertos márgenes de razonabilidad que pueden ser aceptados como una interpretación de buena fe de su competencia y que, para dicho fin, haya actuado dentro de los procedimientos concordados. En el ámbito internacional, además debemos prestar atención a la respuesta de los Estados frente a las actuaciones de los órganos de control.

Sobre la cuestión de la **razonabilidad**, la praxis debe basarse en un sistema normativo coherente y eficaz. Un sistema con estas características debiera ser aceptado por quienes concurrieron al acuerdo constitucional original (poder constituyente) como una interpretación de buena fe del mandato dado al órgano jurisdiccional de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a la jurisdicción de los Estados parte de dicho sistema normativo universal o regional.

En cuanto a los **procedimientos** la actividad de control debe desarrollarse a través de procedimientos expresamente definidos, lo que permite a los órganos con jurisdicción constitucional pronunciarse sobre el contenido y alcance de estos derechos, y servir de límite a las actuaciones de los órganos que expresan la opinión y deseos de las

mayorías.

Finalmente, en cuanto a la actuación de los Estados frente al control internacional el análisis es mixto. Por una parte, observamos el enorme impacto del DIDH en el ámbito interno (normativo, jurisprudencial, aplicación directa, entre otras manifestaciones) y por otra parte, observamos aún una fuerte resistencia a un control efectivo. Esta es una cuestión principalmente de explicación de la evolución y del status actual, no es propia de la justificación, aunque sí incide fuertemente en la discusión sobre la validez.

V. UN CRITERIO BASICO DE CORRECCION: EFECTIVA RESPUESTA ANTE LA REALIDAD

A estas alturas me parece necesario plantear que esta concepción robusta de derechos fundamentales en el contexto de un diseño institucional como el descrito no obedece a una cuestión fortuita. Comparto la idea rawlsiana de que no cualquier diseño institucional es igualmente valioso. En este sentido, un elemento clave de corrección será que el diseño institucional y su praxis sean capaces de dar una adecuada respuesta ante la realidad de las violaciones de derechos humanos.

De acuerdo con JUAN CARLOS BAYON los derechos fundamentales presentan dos características: son un límite a la adopción de políticas basadas en cálculos coste-beneficio y son límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones de la mayoría. Para este autor lo central es dar argumentos que justifiquen “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del ‘coto vedado’ y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”²¹.

Bueno, este “paso” debe estar marcado por la realidad a la que debe hacer frente la implementación de dicho diseño y cómo esta práctica responde a las ideas compartidas en un sistema normativo.

Sin duda, parece imposible pensar en un diseño institucional que no contemple la realidad a la que debe enfrentarse. La idea de diseñar instituciones a partir de un cierto

21 BAYON, J. C. Derechos, Democracia y Constitución. Discusiones, Año I, Nº1, 2000, pp. 65-66.

acuerdo constitucional tiene como objetivo dar respuestas efectivas ante la realidad social, económica y política; en definitiva, dar forma a una cierta estructura básica de la sociedad que cumpla con los objetivos propios de un acuerdo de cooperación mutua fundado en derechos.

El diseño institucional y la forma en que las instituciones lo implementan, debe responder a ciertos acuerdos mínimos implícitos en la cultura política de la sociedad que pretende regir. Ahora, si sumamos a la experiencia histórica relativa a un diseño constitucional robusto, la experiencia histórica de violaciones de derechos humanos, de sistemas políticos poco representativos y de urgentes necesidades en el campo de los derechos humanos, no parece extraño que inserto en un movimiento internacional de protección de los derechos se haya optado por un diseño institucional que es visto como la mejor garantía de los derechos individuales en contextos de sociedades con graves problemas de violaciones de derechos humanos.

* *
*

En síntesis, recurrir a una concepción robusta de los derechos fundamentales no es otra cosa que la búsqueda de la mejor interpretación del diseño institucional para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales a partir de las posibilidades que da el propio sistema. Lo que hace el control internacional, es intentar respuestas efectivas ante la realidad, sin apartarse de los mandatos normativos a los que los propios Estados han concurrido.

VI. ALGUNAS AMENAZAS SOBRE EL DISEÑO EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS

Esta mirada a los desafíos no estaría completa si no planteamos algunas de las amenazas que afectan al constitucionalismo basado en derechos. Por una parte, las **exclusiones sociales** de amplios sectores sociales abren la puerta a planteamientos críticos al discurso de los derechos humanos y por primera vez en varios años, los derechos humanos comienzan a ser mirados como un obstáculo y no como el camino

para la superación de estas situaciones lacerantes para nuestras sociedades.

En segundo lugar, nuestros modelos democráticos siguen siendo frágiles y por tanto, las amenazas de retornos autoritarios siguen eternamente vigentes en nuestra región. Hemos sido testigos en estos años no solo de **retornos brutales al autoritarismo**, pero también vemos formas más complejas de afectación. Por una parte, la conformación de sistemas fuertemente concentrados en que no se plantean adecuados mecanismos de pesos y contrapesos y donde la regla de mayorías se impone sin contrapesos. Por otra, la mantención de sistemas elitistas donde el acceso al poder sigue estando fuertemente restringido. En ambos casos estamos ante amenazas ciertas a la construcción de un Estado Democrático de Derecho.

Por último, me parece relevante plantear un tema de discusión global se ha hecho presente en nuestra región: la necesidad de enfrentar las **amenazas del crimen organizado**. Este es un desafío para toda nuestra región y se ha planteado con fuerza en los últimos años, ya que las políticas dirigidas a enfrentar este tema presentan una grave amenaza en materia de derechos humanos; tanto por los medios como por el discurso. Los medios, basados en el uso de las fuerzas militares en tareas de seguridad ya comienzan a presentar problemas concretos de violaciones de derechos humanos, principalmente, por el uso ilegítimo de la fuerza. Pero lo más complejo parece ser el discurso, que en aras de la mayor efectividad comienza a plantear la necesidad de actuar en el límite de los derechos humanos. Lo que está en juego es, precisamente, que los derechos fundamentales sean efectivamente la forma de legitimar la actividad del Estado, en especial, cuando esta implica el uso de la fuerza.

En definitiva, estamos ante desafíos muy concretos para la consolidación de una tendencia regional vigente desde hace al menos un cuarto de siglo, cual es, poner el tema de los derechos humanos al centro de la actividad del Estado.