

GIANCARLO ROLLA *

L'EVOLUZIONE DEL COSTITUZIONALISMO
IN AMERICA LATINA E L'ORIGINALITÀ
DELLE ESPERIENZE DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

1. Caratteristiche del costituzionalismo latinoamericano del periodo dell'indipendenza

Qualora si segua il giudizio di uno dei principali costituzionalisti dell'America latina si può affermare che il “primo” costituzionalismo latinoamericano – intendendo con tale espressione la cultura costituzionale che ha plasmato gli Stati di quel continente, immediatamente dopo la conquista dell'indipendenza – si distingue per alcune caratteristiche come l'eterogeneità, la non originalità, e la peculiarità.¹

Per eterogeneità si intende che, una volta venuta meno l'omogeneità imposta dal periodo coloniale, si passa dall'unità politica del *Reino de las Indias* ad una pluralità di sottosistemi costituzionali, differenziati anche se comparabili: rappresentati dal Messico e Centroamerica, dal Venezuela e Colombia, dal Brasile, dall'Argentina ed Uruguay. Mentre, presentano una specificità i sistemi costituzionali del Perù e del Cile.

La non originalità deriva, innanzitutto, dai legami stretti e duraturi che hanno unito il continente latinoamericano al diritto europeo a causa dell'esperienza coloniale.

Va considerata, a questo proposito, l'influenza giuridica esercitata dallo *ius commune*, dalla scuola di diritto naturale e dal giusnaturalismo; ma anche il condizionamento culturale esercitato dalla Spagna, il quale fu determinante per plasmare l'identità dell'America latina. La dottrina ha parlato, in proposito, di un fenomeno di *infiltración subterránea*, dal mo-

* È professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova.

¹ Cfr., D. GARCIA BALAUDE, *Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Estudios constitucionales*, 2003, p. 65

mento che tre secoli di dominazione politica non potevano non lasciare un segno indelebile nella cultura del continente.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, il percorso giuridico comune tra la Spagna e le colonie ebbe il suo culmine nell'esperienza delle *Cortes de Cádiz*, dal momento che l'influenza culturale e politica di quella esperienza andò ben oltre il limitato arco temporale della sua vigenza. Si trattò della prima apertura alle idee del costituzionalismo liberale moderato; e ancora oggi la Costituzione del 1812 è considerata "el primer y único intento que realizó la clase política española, conjuntamente con la americana, de crear una comunidad hispánica de naciones, una verdadera commonwealth".² La sua influenza sul costituzionalismo latino americano derivò non solo dai vincoli politici che legavano tale continente alla Spagna, ma anche dalla scelta di associare nelle decisioni costituenti rappresentanti di tale continente, che fornirono al dibattito un apporto peculiare, conferendo a tale testo una qualche vocazione americanista.³

Ma determinante fu anche l'influenza del coevo costituzionalismo europeo e nordamericano, cioè da quel processo storico e culturale che – sulla scia delle rivoluzioni liberali della fine del XVIII secolo – segnò la crisi dello Stato assoluto e l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto.

All'interno della spinta rivoluzionaria prodotta dai movimenti di indipendenza, le idee liberali lasciarono tracce evidenti nelle prime Carte costituzionali dell'America latina: che si rinvencono, innanzitutto, nell'introduzione di correttivi alla concentrazione del potere attraverso il riconoscimento sia del principio della separazione dei poteri, sia del criterio dell'alternanza al governo grazie al divieto di rieleggibilità delle cariche. Il principio del potere limitato si rinviene, ad esempio, negli artt.13 e 14 della Costituzione del Perù del 1839,⁴ nel titolo V, art.2 della Costituzio-

² In merito all'influenza della Costituzione di Cadice si veda: BERRUEZO LEON, *La presencia americana en las Cortes de Cádiz*, in *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, p. 53 ss.; J. GARCIA LAGUARDIA, *Orígenes de la democracia constitucional en Centro américa*, S. José, 1976; F. FERNANDEZ SEGADO, *España e Iberoamérica: una recíproca permeabilidad constitucional*, in *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, p. 13 ss.

³ Va considerato, in proposito, che dei 303 deputati dell'assemblea costituente 63 provenivano dall'America latina.

⁴ El ejercicio de la soberanía reside en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de los tres Poderes podrá salir de los límites que le prescribe la Constitución.

ne del Venezuela del 1819,⁵ nell'art.22 della Costituzione dell'Argentina del 1853,⁶ nel preambolo della Costituzione del Cile del 1828.⁷ Mentre, l'affermazione della sovranità popolare e il principio rappresentativo sono codificati nell'art.40 della Costituzione del Messico del 1917,⁸ nell'art.12 della Costituzione del Perù,⁹ nell'art.1 della Costituzione argentina,¹⁰ nell'art.21 della Costituzione cilena.¹¹ Inoltre, vengono riconosciuti i tradizionali diritti dell'individuo:dalla libertà personale e di domicilio al diritto di proprietà, dalla libertà di corrispondenza a quella di manifestazione del pensiero.

In qualche caso, poi, i documenti costituzionali appaiono tributari anche sotto il profilo formale del costituzionalismo liberale: è il caso, ad esempio, della Costituzione del Venezuela i cui primi tre articoli sembrano riprodurre altrettanti articoli della Carta francese dei diritti e delle libertà.¹² In altri casi, invece, le Costituzioni contengono soluzioni diverse a causa della forza attrattiva della tradizione spagnola o del costituzionalismo nordamericano: ciò è evidente, ad esempio, in materia di libertà

⁵ El pueblo de Venezuela no puede ejercer por sí otras atribuciones de la Soberanía que la de las elecciones, ni puede depositarla sola en unas solas manos. El poder soberano estará dividido para su ejercicio en legislativo, ejecutivo, y judicial.

⁶ El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

⁷ La Constitución establece las más formidables garantías contra los abusos de toda especie de autoridad; de todo exceso de poder.

⁸ Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal.

⁹ El Gobierno de la nación peruana es popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo.

¹⁰ La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

¹¹ La Nación chilena adopta para su gobierno la forma de República representativa popular, en el modo que señala esta Constitución.

¹² Art. 1. Son derechos del hombre la libertad, la seguridad, la propiedad, y la igualdad. La felicidad general que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos. Art. 2 La libertad es la facultad que tiene cada hombre de hacer cuanto no esté prohibido por la ley. La ley es la única regla a que debe conformar su conducta. Art. 3 La expresión libre y soberana de la voluntad general manifestada de un modo constitucional, es lo que constituye una ley. Ella no puede mandar sino lo justo y útil; no puede prohibir sino lo que es perjudicial a la sociedad ni puede castigar sino al criminal.

religiosa dove alcuni Stati riconoscono il pluralismo religioso (Messico),¹³ mentre altri codificano il carattere della religione cattolica apostolica romana come religione unica dello Stato (art.3 Cost.Perù, art.2 Cost.Argentina, art.3 Cost.Cile).

Tuttavia, se è indubbio che l'America latina ha partecipato appieno "del pensamieno filosófico e político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional",¹⁴ è altrettanto vero che ciò è avvenuto sulla base di un percorso originale: nel senso che le soluzioni costituzionali introdotte nella fase dell'indipendenza contenevano dei significativi elementi di differenziazione rispetto alla coeva esperienza europea. Ciò ha consentito di sostenere che l'"Europa es la matriz, pero la América latina es una realidad propia".¹⁵ Così come non va trascurato che l'innesto di istituti propri del costituzionalismo nordamericano e francese in una differente cultura istituzionale ha generato esiti assai differenti rispetto ai protipi di riferimento: come chiaramente testimonia la parabola del federalismo e del presidenzialismo in America latina.¹⁶

Inoltre, gli ordinamenti repubblicani si qualificarono come rappresentativi – sia pure sulla base di un suffragio ristretto – ma non riuscirono mai a divenire effettivamente democratici. Mentre i cambiamenti relativi agli assetti istituzionali non furono accompagnati da una trasformazione coerente dei rapporti economici e sociali, da una sostanziale penetrazione all'interno della società dei valori e dei principi del costituzionalismo. Di conseguenza, la storia costituzionale dell'America latina – immediatamente dopo la fase indipendentista – evidenzia

¹³ In particolare, la Costituzione messicana garantisce all'art. 24 la "libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultado del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

¹⁴ Così: H. GROSS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p. 149.

¹⁵ Così: D. GARCIA BALAUDE, *Existe un espacio público latinoamericano?*, cit., p. 66.

¹⁶ In merito all'esperienza federale si veda: D. VALADES, *Gobernabilidad y constitucionalismo en America latina*, México, 2005; N. CARLOS SANTIAGO, *El presidencialismo puesto a prueba*, Madrid, 1992; J. LINZ, *Las crisis del presidencialismo*, Madrid, 1997; AA.VV., *Presidentialismo and democracy in Latin America*, New York, 1997.

A proposito del federalismo si rinvia a: F. FERNANDEZ SEGADO, *El federalismo en America latina*, Siena, 2001.

un progressivo allontanamento dalla spirito (più che dalla lettera) del costituzionalismo europeo.

2. Il neocostituzionalismo latinoamericano e lo sviluppo degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali.

Se analizziamo la recente evoluzione costituzionale di numerosi ordinamenti dell'America latina alla luce delle esperienze precedenti, appare evidente sia la discontinuità che separa le vigenti Costituzioni da quelle del passato, sia le novità intervenute nell'evoluzione del pensiero giuridico: al punto che la dottrina ha coniato un neologismo, parlando di "neocostituzionalismo" latinoamericano.¹⁷

I tratti essenziali di tale cambiamento possono essere individuati essenzialmente in tre elementi: la natura del processo costituente, l'affermarsi di una diversa idea di Costituzione, il perfezionamento delle tecniche di garanzia dei diritti fondamentali.

Per quanto concerne le procedure costituenti si è assistito soprattutto a transizioni democratiche, cioè alla formazione di nuovi ordinamenti costituzionali caratterizzati da tre elementi:¹⁸ in primo luogo, sotto il profilo degli esiti, si è assistito ad un processo unidirezionale, nel senso che si è realizzato il passaggio da una forma di Stato autoritaria ad un ordinamento democratico; per quanto concerne, poi, le modalità di svolgimento della transizione, il tratto saliente è consistito nel suo essere pacifica. Infi-

¹⁷ Così, D. VALADES, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, in F. FERNANDEZ SEGADO (cur.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, cit., p. 471 ss. Si veda anche: AA.VV., *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; D. VALADÉS – M. CARBONELL (cur.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2000.

Per una ricostruzione storica: J. SOBERANES FERNANDEZ, *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; M. FERRER MUÑOZ, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, 1996; E. DE LA TORRE VILLAR – G. GARCÍA LAGUARDIA, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976; B. BRAVO LIRA, *El Estado constitucional en Hispanoamérica, 1811-1991*, México, 1992.

¹⁸ Si veda, per considerazioni generali su tale fenomeno: E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino, 2000; MICHELE CARDUCCI (cur.), *Il costituzionalismo "parallelo" delle nuove democrazie – Africa e America Latina*, Milano, 1998.

ne, si è dato vita a delle Costituzioni *pactadas*, nel senso che, in alcuni casi, gli esponenti del vecchio regime hanno partecipato all'elaborazione della nuova Costituzione, continuando – almeno in una prima fase – a essere investiti di responsabilità di governo; mentre, in altre esperienze, il processo di negoziazione ha coinvolto le forze di opposizione e gli stessi esponenti della guerriglia.¹⁹

Si tratta di un fenomeno ampiamente positivo, all'interno del quale si possono – tuttavia – annidare alcuni rischi, sintetizzabili nel pericolo di dar vita ad una democrazia “incompiuta” o – come hanno detto alcuni autori – “incerta”.²⁰ Tra questi pericoli si può segnalare, a nostro avviso, il fatto che non sempre il ritorno alla democrazia è stato accompagnato dalla predisposizione di adeguati “anticorpi” istituzionali, come – ad esempio – il rafforzamento della separazione dei poteri, il potenziamento degli istituti di controllo, il miglioramento dei meccanismi propri della democrazia rappresentativa.

Così come, in alcune esperienze, è stato possibile conseguire una sorta di “oblio” nei confronti del passato, piuttosto che realizzare una netta discontinuità nei confronti dei regimi precedenti. Si pensi, ad esempio, alla transizione democratica in Cile, che – a causa del ruolo determinante svolto dall'esercito e della presenza “ingombrante” del gen Pinochet – visse una stringente contraddizione tra il consolidamento di nuovi principi democratici (garanzia dei diritti fondamentali, pluralismo politico, elettività degli organi politico-rappresentativi) e la difficoltà di approvare disposizioni capaci di segnare una cesura netta nei confronti della Costituzione politica approvata dalla Giunta militare in precedenza al governo.²¹ Oppure all'esperienza costituzionale dell'Argentina con la vicenda contrassegnata dal tentativo di favorire una riconciliazione nazionale attra-

¹⁹ Si considerino, ad esempio, il processo di negoziazione in Colombia con esponenti della guerriglia, che facilitò la riforma costituzionale del 1991; le modifiche introdotte nella Costituzione di El Salvador, dopo l'accordo con il *Frente Farabundo Martí* nel 1991; il *Pacto de los olivos* in Argentina, celebrato nel 1993 tra i presidenti delle forze politiche maggioritarie del Peronismo e del Radicalismo, che servì da base per la riforma costituzionale del 1994; il patto tra gli oppositori al governo militare che favorì la riforma costituzionale del 1988 in Brasile.

²⁰ Si veda sul punto: L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino, 2000.

²¹ Si veda, in proposito: G. ROLLA, *Luci ed ombre dell'esperienza delle transizioni “patadas”*. *Brevi considerazioni sui limiti della vigente Costituzione in Cile*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1720 ss.

verso decreti di indulto o con l'approvazione della *Ley de obediencia debida y punto final*.²²

Sul piano, poi, della teoria della Costituzione si assiste ad una profonda novità, rappresentata dall'affermarsi di un'idea normativa di Costituzione, come vincolo giuridico sanzionabile nei confronti di tutti i pubblici poteri.²³ Le Costituzioni non sono più considerate un documento prevalentemente politico e programmatico, ma un insieme di norme supreme suscettibili di immediata e diretta applicazione; non rappresentano un manifesto politico, un "canale di comunicazione" di ideologie e di principi istituzionali,²⁴ bensì un parametro per valutare la legittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere da tutti i poteri costituiti.²⁵

Si afferma il primato della Costituzione ed il suo rispetto diviene parte necessaria del principio di legalità: da ciò una progressiva giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale, che segnerà il definitivo passaggio dal *Derecho político* al *Derecho constitucional*: ovvero da un'idea di garanzia politica della Costituzione ad una di giustizia costituzionale.

Nella fase storica conseguente alla conquista dell'indipendenza ed alla diffusione del pensiero di Bolívar, che nel suo messaggio del 26 maggio 1826 al Congresso costituente di Bolivia aveva evidenziato la necessità di introdurre forme di controllo della costituzionalità degli atti dei pubblici poteri,²⁶ i costituenti furono chiaramente influenzati dalle teorie francesi sulla "difesa politica" della Costituzione.

²² Si veda, per tutti: C. PIZZOLO, *Los crímenes de lesa humanidad no pueden ser objeto de amnistía. El caso argentino y la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia*, in *Ponencias desarrollada*, Arequipa, p. 113 ss.

²³ Sul valore normativo della Costituzione permangono fondamentali i lavori di: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1954; E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985.

²⁴ H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 149 definiva i documenti costituzionali del primo costituzionalismo "un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban".

²⁵ Si veda: J. BIDART CAMPOS, *La codificación constitucional y la Constitución real*, in *Libro en homenaje a Manuel García Pelayo*, I, Caracas, 1980.

²⁶ Sul pensiero politico e istituzionale di Bolívar si veda: E. ROZO ACUÑA, *Bolívar: obra política y constitucional*, Madrid, 2007.

I rivoluzionari francesi – pur consapevoli che la legge potrebbe essere ingiusta e contraria ai diritti dell'individuo – non ammettevano, tuttavia, la possibilità di introdurre un controllo del legislatore da parte dei giudici; secondo il loro pensiero, il compito di assicurare il rispetto della Costituzione avrebbe dovuto essere assegnato – in ossequio al principio della sovranità nazionale – ad un organo politicamente rappresentativo ovvero direttamente al corpo elettorale. Da ciò la proposta di riservare tale competenza ad organi di natura politica: come il Senato, il *jurie constitutionnaire* individuato da Sieyès o il Capo dello Stato.

Un'eco di tale dibattito si rinviene già nella Costituzione di Cadice del 1812, che imponeva al Parlamento di prendere in esame i casi di violazione della Costituzione, di assumere le determinazioni necessarie ad evitare il loro ripetersi e di sanzionare le conseguenti responsabilità. Così come, sempre in una prospettiva storica, si può citare il *Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana* del 22 ottobre 1814 il cui art.127 riconosceva il diritto di ogni cittadino a presentare reclami contro le violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti; mentre, a sua volta, l'art.8 della Costituzione di Yucatán del 31 marzo 1841 consentiva di ricorrere contro atti o leggi dei poteri pubblici.²⁷

L'influenza del pensiero costituzionale francese si rinviene in diverse carte costituzionali del periodo indipendentista, in cui il compito di vigilare sul rispetto delle norme costituzionali è affidato ad organi del potere legislativo – come la *Cámara de Censores* nella Costituzione politica della Bolivia del 1826, il *Congreso* nella Costituzione del Perù del 1823 – ovvero ad organi consultivi – come il *Consejo de Estado* della Costituzione ecuadoriana del 1851 –.²⁸

Un terzo elemento di novità riscontrabile nel neocostituzionalismo dell'America latina attiene all'affinamento delle tecniche di codificazione e di garanzia dei diritti fondamentali.

Innanzitutto, si evidenzia la consapevolezza della stretta integrazione che sussiste tra democrazia e diritti: diverse Costituzioni – nei preamboli o in apposite disposizioni – individuano nello Stato democratico la sola forma di organizzazione politico-istituzionale capace di assicurare i diritti

²⁷ Vedi: H. FIZ ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2003, p. 428 ss.

²⁸ Per considerazioni più puntuali si rinvia a: F. FERNANDEZ SEGADO, *La giurisdizione costituzionale in America latina e la sua problematica nel XX secolo*, Lecce, 2007, p. 19 ss.

e la dignità della persona e considerano il rispetto dei diritti della persona un limite all'esercizio della sovranità.²⁹

Sotto il profilo della tecnica di codificazione dei diritti, poi, le Costituzioni latinoamericane appaiono tutte favorevoli alla specificazione delle situazioni soggettive riconosciute come diritti: la codificazione tende ad essere esaustiva ed a dettagliare i profili della personalità e dell'agire umano che vengono tutelati. Tale scelta risponde, a nostro avviso, all'intenzione dei costituenti americani di segnare una cesura rispetto ai precedenti regimi autoritari, evidenziando la rottura politica e istituzionale che separa l'attuale ordinamento costituzionale da quelli precedenti.³⁰

Ma la specificazione assolve anche ad una funzione di garanzia, sia in quegli ordinamenti costituzionali ove mancano organi giurisdizionali professionali e dotati di uno *status* costituzionale di autonomia e di indipendenza dal potere politico, sia ove la rappresentanza politica non sempre è attenta a salvaguardare la sostanza dei diritti costituzionali della persona. Infatti, siffatta tecnica di codificazione offre parametri più dettagliati per l'attività interpretativa dei giudici e per quella specificativa del legislatore: il che consente, per un verso, di aggirare l'inerzia delle assemblee legislative e, per un altro verso, di limitare l'attività pretoria dei giudici.

Sempre in tema di riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo va segnalato il riferimento ad una nozione più evoluta di persona, che pone il valore della libertà a fianco di quello di dignità e che arricchisce il principio di eguaglianza di nuovi significati; nonché il potenziamento degli strumenti di garanzia, tra i quali si stagliano la regolamentazione in senso garantistico degli stati di eccezione, l'introduzione all'interno delle Costituzioni di clausole di apertura all'ordinamento

²⁹ Così le Costituzioni di Venezuela, Brasile, El Salvador, Guatemala. A sua volta, l'art. 5. 2. della Costituzione del Cile considera "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Mentre l'art. 1 della Costituzione del Perù e l'art. 59 della Costituzione dell'Honduras affermano solennemente che "la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable".

³⁰ Sulle caratteristiche delle tecniche di specificazione dei diritti si rinvia a: G. ROLLA, *Tecniche di positivizzazione e clausole di interpretazione dei diritti fondamentali. Alcune considerazioni a proposito delle recenti codificazioni dei diritti nell'Unione europea*, in *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli, 2009, p. 661 ss.

internazionale, nonché la previsione di una vasta gamma di strumenti di giustizia costituzionale orientati alla tutela diretta dei diritti.

3. La pluralità dei sistemi di giustizia costituzionale in America latina.

Nelle prime codificazioni costituzionali si è assistito ad un passaggio dalle teorie sulla difesa politica della Costituzione – ispirate dalla Francia rivoluzionaria – alle prime forme di giustizia costituzionale, nella forma della *judicial review* di ispirazione nordamericana.

La forza attrattiva dell'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America, favorì l'introduzione di forme di giustizia costituzionale diffusa, con l'attribuzione alla Corte suprema del monopolio del controllo di costituzionalità. Vale per tutti l'esempio dell'Argentina, ove il controllo di costituzionalità venne esercitato dai tribunali federali sulla base di criteri interamente desunti dall'esperienza degli Stati Uniti: specie per quanto concerne, da un lato, il rifiuto di questioni astratte e di controlli preventivi e, dall'altro lato, la necessità che esso avvenga nel corso di un giudizio e sulla base di un pregiudizio sofferto da parte del titolare di un diritto.

In questi ultimi decenni, per contro, si assiste ad una crescente influenza dei sistemi di giustizia costituzionale di ispirazione europea, caratterizzati da un controllo accentrato ed astratto e dalla possibilità per i Tribunali costituzionali di sanzionare con effetti *erga omnes* le norme contrarie alla Costituzione.

A giudizio della dottrina, il prototipo del controllo accentrato nel continente americano può essere individuato nella breve esperienza del Tribunale di garanzie costituzionali e sociali di Cuba, probabilmente ispirata al *Tribunal de garantías constitucionales* della Costituzione della Seconda Repubblica spagnola. Tale organo è stato previsto dalla Costituzione cubana del 1940 ed attivato in seguito all'approvazione della legge organica del 1949; la sua vigenza fu sospesa in seguito al colpo di Stato del generale Batista (1952), ma venne ripristinata dal governo rivoluzionario cubano nel 1959, continuando ad operare sino alla sua definitiva soppressione nel 1976.³¹

La sua esistenza – per quanto limitata sotto il profilo temporale e in-

³¹ Sull'esperienza cubana del *Tribunal de garantías constitucionales* si veda: D. GARCIA BALAUDE, *El Tribunal de garantías constitucionales y sociales*, Lima, 2002.

certa dal punto di vista dell'efficacia e della operatività – ha esercitato, tuttavia, una qualche influenza all'interno del costituzionalismo dell'America latina, realizzando un ponte tra il sistema nordamericano – nel senso che il controllo di costituzionalità era esercitato dal giudice di legittimità – e quello europeo – in quanto, attraverso la creazione di una *Sala* specializzata, si riconobbe la specificità della funzione di giustizia costituzionale.

Tale organo si configurava come una *Sala* del Tribunale supremo di giustizia con funzioni specializzate in materia costituzionale e sommava insieme tanto la competenza astratta – cioè il controllo di costituzionalità delle norme e dei provvedimenti dei pubblici poteri, che poteva essere attivato sia con ricorso diretto, sia in virtù di una questione di legittimità prospettata da un giudice – quanto quella concreta – decidendo sui ricorsi di *amparo* a salvaguardia dei diritti costituzionalmente garantiti e sui ricorsi di appello avverso i provvedimenti di *habeas corpus*. Tale esperienza storica appare, a nostro avviso, interessante perché ha unificato nella competenza di un unico organo tanto il controllo di costituzionalità, quanto il ricorso di *amparo*, dando vita a quella competenza che, attualmente, si qualifica come *amparo constitucional*.

I sopra richiamati filoni storici in tema di controllo di costituzionalità – difesa politica, *judicial review*, controllo accentrato, ricorso di *amparo* – hanno finito, in tempi, più recenti per combinarsi insieme, determinando varie forme di contaminazione³² si è parlato in proposito di *patchwork* costituzionale, che rappresenta per il comparatista un vero e proprio laboratorio di formule peculiari di giustizia costituzionale.³³

Per quanto concerne la struttura dell'organo di giustizia costituziona-

³² Per ulteriori considerazioni: G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, p. 40 ss. Si veda anche: F. FERNANDEZ SEGADO, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bologna, 2000.

³³ Sulle caratteristiche generali della giustizia costituzionale in America latina, si veda: F. FERNANDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en America latina*, Montevideo, 2000, p. 5 ss.; IDEM, *Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, 2004, p. 11 ss.; E. PRAELI, *Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 2000, p. 43 ss.; H. NOGUEIRA ALCALA, *Los Tribunales constitucionales de sudamérica a principios del siglo XXI*, in *Ius et praxis*, 2003, 2, p. 59 ss.; H. FIZ ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, in *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, 1991; E. FERRE MAC-GREGOR, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Mexico, 2002.

le, nel continente americano si assiste alla convivenza di Tribunali costituzionali esterni al potere giudiziario (Cile, Ecuador, Guatemala e Perù), Tribunali costituzionali interni all'ordine giudiziario (Bolivia e Colombia), Sale costituzionali autonome, articolazioni delle Corti supreme (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Venezuela) e tribunali ordinari che svolgono anche la funzione di giustizia costituzionale (Argentina, Brasile, Honduras, Messico, Panama e Uruguay).³⁴

Inoltre, con riferimento alle modalità di accesso, si ha la coesistenza di forme di controllo concentrato e diffuso (Colombia, Guatemala, Perù, Bolivia, Ecuador, Brasile, Argentina); di controllo preventivo e successivo (Bolivia, Colombia, Cile), di controlli di costituzionalità astratti e concreti.³⁵ In particolare, i tradizionali istituti di tutela diretta dei diritti fondamentali si sono arricchiti di nuove figure, come l'*amparo* costituzionale e l'*amparo* interamericano.

Il primo tipo di ricorso viene presentato al Tribunale costituzionale, che decide sul ricorso in via esclusiva ovvero come potere di revisione delle decisioni assunte dai giudici ordinari: tale competenza è attualmente riconosciuta dagli ordinamenti della Bolivia,³⁶ della Colombia,³⁷ della

³⁴ Cfr., E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, cit., p. 65 ss.

³⁵ Vedi: D. GARCIA BELAUNDE – F. FERNANDEZ SEGADO, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; E. FERRER MAC-GREGOR, *Los tribunales constitucionales*, cit.

³⁶ In Bolivia, l'art. 120 Cost. attribuisce al Tribunale costituzionale sia la competenza a decidere contro le risoluzioni del Parlamento suscettibili di incidere sui diritti e le garanzie della persona (120.5), sia il potere di revisione d'ufficio dei ricorsi di *amparo* e di *habeas corpus* (120.7). La *ratio* di tali competenze, introdotte con la riforma costituzionale del 12 agosto 1994, n. 1585, può essere individuata nel fatto che i diritti occupano una posizione particolare nell'ordinamento costituzionale dello Stato, per cui la loro lesione rappresenta una vulnerazione dell'essenza stessa del testo della Costituzione. Il ricorso per la revisione di ufficio deve essere presentato almeno 24 ore prima della decisione giurisdizionale (art. 93 e 102.1 Cost.) e la decisione del Tribunale ha effetti *inter partes*. Qualora il giudice costituzionale rilevi una responsabilità può stabilire un indennizzo (nel caso di responsabilità civile) ovvero trasmettere gli atti al pubblico ministero nel caso di responsabilità penale.

I ricorsi contro le risoluzioni del *Congreso nacional* o di una delle due Camere debbono essere presentati, invece, entro trenta giorni ed il Tribunale, in caso accoglimento, annullerà l'atto parlamentare lesivo del diritto: qualora, invece, decida per il rigetto del ricorso potrà comminare al ricorrente una multa ed il pagamento delle spese processuali.

³⁷ Cfr. G. CABALLERO – M. ANZOLA, *Teoría Constitucional*, Bogotá, 1999; E. REY, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Controles de Constitucionalidad y legalidad*, Cali, 1994.

Costa Rica,³⁸ de El Salvador,³⁹ del Guatemala,⁴⁰ del Nicaragua,⁴¹ e del Perù.⁴²

Questa competenza presenta – accanto a profili sostanziali e processuali comuni – alcune caratteristiche riconducibili alle peculiarità dei singoli sistemi costituzionali. Ad esempio, in Bolivia e in Guatemala si è inteso affermare il primato della Costituzione anche nei confronti della sovrantà parlamentare a garanzia dei diritti costituzionali della persona, consentendo al Tribunale costituzionale di annullare le risoluzioni del *Congreso nacional* o di una delle due Camere lesive di un diritto fondamentale.

In Colombia, il Tribunale costituzionale ha un potere autonomo ed eventuale di revisione delle sentenze emanate in appello e di quelle di primo grado che non siano state impegnate: infatti, tutte le decisioni in

³⁸ Cfr. J. MIGUEL VILLALOBOS, *El recurso de amparo en Costa Rica*, in *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América latina*, Talca, 2000, p. 215 ss.; R. HERNANDEZ VALLE, *Las Libertades Públicas en Costa Rica*, San José, 1990; R. PIZA ESCALANTE, *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, in *Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España*, Lisbona, 1995.

³⁹ El Salvador è stato – dopo il Messico – il secondo ordinamento dell'America latina a riconoscere l'istituto dell'*amparo*, introdotto dall'art. 37 della Costituzione del 1886. Inizialmente, la competenza spettava alla *Suprema Corte de Justicia* o ai Tribunali di seconda istanza.

L'art. 174 della vigente Costituzione ha, invece, assegnato tale competenza alla *Sala constitucional* della *Corte Suprema de Justicia* che, in particolare, decide: sui ricorsi di *amparo*, contro le violazioni di diritti costituzionali; sui ricorsi di *habeas corpus* o *exhibición personal*, a tutela della libertà personale e della dignità ed integrità fisica, psichica e morale dei detenuti; sui procedimenti di “suspensión, pérdida y rehabilitación de los derechos de ciudadanía”, attivati dai cittadini che rischiano di essere privati dei diritti politici.

In particolare, la *Sala constitucional* ha una competenza esclusiva in materia di ricorsi di *amparo*, mentre ha una competenza di revisione contro le decisioni in materia di *habeas corpus* e di *exhibición personal* pronunciate dai Tribunali di seconda istanza che non hanno sede nella capitale. Vedi: S. ANAYA BARRAZA, *La jurisdicción constitucional en El Salvador*, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., p. 591 ss.

⁴⁰ Cfr. J. GARCIA LAGUARDIA, *La Corte de constitucionalidad de Guatemala*, Mexico, 1994; M. PINTO ACEVEDO *Jurisdicción Constitucional*, Guatemala, 1995.

⁴¹ Vedi: F. CUADRA, *Breve análisis de la Justicia Constitucional en Nicaragua en el período histórico comprendido entre 1939 y 1992*, in *La Justicia Constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, p. 177 ss.; S. CUAREZMA TERÁN – M. MORENO CASTILLO, *Nicaragua*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 255 ss.; P. PÉREZ TREMPES, *La justicia constitucional en Nicaragua*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1999, p. 9 ss.

⁴² Si veda: AA.VV., *Derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 2005.

materia di diritti fondamentali debbono essere trasmesse al Tribunale costituzionale, il quale può selezionare con discrezionalità quelle che ritiene di maggior rilevanza e pronunciarsi sulla loro legittimità entro tre mesi dalla trasmissione degli atti. Inoltre, gli orientamenti del giudice costituzionale e l'interpretazione che esso fornisce in ordine alle disposizioni in materia di diritti fondamentali fungono da precedente ed orientano l'attività interpretativa dei giudici ordinari: la *doctrina* del Tribunale costituzionale non è vincolante, ma – come ha precisato la Corte costituzionale della Colombia – “si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.⁴³

A sua volta, il modello costarricense di giustizia costituzionale si caratterizza per l'ampiezza della legittimazione attiva e per l'informalità e semplicità del procedimento. Per quanto concerne la legittimazione, il ricorso può essere presentato da qualsiasi persona (anche da uno straniero), anche da chi non è stato direttamente leso nell'esercizio di un diritto fondamentale. Anche in El Salvador, i ricorsi a tutela della libertà e della dignità della persona possono essere presentati da qualsiasi persona che agisca a favore di chi sta soffrendo una arbitraria limitazione della libertà personale.

Inoltre, il parametro utilizzabile dalla *Sala* costituzionale è rappresentato non solo dai diritti costituzionali, ma anche da quelli riconosciuti dalle codificazioni internazionali, se più favorevoli.

Il ricorso, poi, può essere presentato senza alcuna formalità, al fine di favorire l'effettività dei diritti costituzionali e di avvicinare con fiducia i cittadini alla giustizia costituzionale. Non è necessaria la presenza di un avvocato, nè la autenticazione della firma; così come non occorre indicare il parametro costituzionale; l'unico deterrente previsto dall'ordinamento contro ricorsi temerari è la possibilità per la *Sala* di condannare il ricorrente al pagamento di una multa in caso di decisione sfavorevole.

Da ultimo, merita un'attenzione particolare il sistema peruviano, che è stato significativamente modificato dall'approvazione di un codice di diritto processuale costituzionale. Secondo l'ordinamento peruviano, nel caso di procedimenti di *hábeas corpus*, *amparo*, *hábeas data* e *acción de cumplimiento* la competenza è ripartita tra i giudici (che decidono in pri-

⁴³ Si veda la sentenza C-037/96.

mo grado) ed il Tribunale costituzionale (che decide in appello);⁴⁴ tuttavia, l'accesso al Tribunale costituzionale non è possibile in ogni caso, ma soltanto quando non sono esperibili "vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias": in proposito, si è parlato di *amparo residual*.

La *ratio* della nuova disciplina processuale è individuabile nell'intenzione di migliorare e rendere più funzionale l'attività del Tribunale costituzionale; tuttavia, la dottrina ha evidenziato i rischi di una possibile riduzione delle garanzie sostanziali della persona, qualora non vengano precisate le fattispecie "igualmente satisfactorias", alternative all'*amparo* costituzionale.⁴⁵

A sua volta, l'istituto dell'*amparo* interamericano – in un certo senso assimilabile al sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali – risponde ad un'esigenza oramai generalizzata, conseguente al fatto che la tensione universalistica che anima il riconoscimento della persona umana evidenzia, in un mondo sempre più integrato, la crisi di autosufficienza dei singoli ordinamenti nazionali. Di conseguenza, si ricercano nell'ordinamento sopranazionale nuove opportunità processuali per rimediare a quelle violazioni dei diritti umani che non possono essere adeguatamente sanate con i rimedi processuali previsti dal diritto interno: consistenti, per un verso, nella possibilità di ricorrere alla giurisdizione internazionale dei diritti umani;⁴⁶ per un altro verso, nel riconoscere alle norme dell'ordinamento sovranazionale aventi funzione di integrazione della comunità latinoamericana e alla stessa giurisprudenza della Corte americana una posizione di supremazia.⁴⁷ A questo proposito, le prime sono diretta-

⁴⁴ Cfr. E. BLUME, *El control de constitucionalidad*, Lima, 1996; A. BOREA ODRIA, *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima, 1996; D. GARCIA BALAUDE, *Derecho procesal constitucional*, cit., 2002; E. ESPINOSA-SALDANA BARRERA (cur.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, 2005.

⁴⁵ Vedi: E. ESPINOSA-SALDANA BARRERA (cur.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, 2005.

⁴⁶ Cfr., sulla tematica generale: M. CAPPELETTI, *Dimensione de la justicia en el mundo contemporáneo*, Messico, 1992, p. 45 ss.; V. GIMENO SENDRA, L.L. JOSE GALENI, *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, p. 237 ss.

⁴⁷ In generale, si veda: J. DE ARECHAGA, *La convención americana de derechos humanos como derecho interno*, in *Boletín de sociedade brasileira de direito internacional*, Brasília, 1987-89, p. 35 ss.; H. ESPIELL, *El derecho inteernacional en la jurisdiccion constitucional*, in (AA.VV.) *La jurisdicción constitucional*, San Josè, 1993, 61 ss.; H.F. ZAMUDIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos*, in (AA.VV.), *The modern world of human rights*, San Josè, 1996, p. 159 ss.; L. P. MORA MORA, *El derecho internacional y su influen-*

mente applicabili nell'ordinamento nazionale,⁴⁸ mentre la seconda introduce un vincolo interpretativo per i giudici nazionali, nel senso che i diritti riconosciuti dall'ordinamento costituzionale dei singoli paesi debbono essere interpretati conformemente all'interpretazione e alla giurisprudenza della Corte americana.

4. Tipi e classificazioni dei principali ricorsi a tutela dei diritti fondamentali: a) i ricorsi settoriali

A nostro avviso, l'esperienza del neocostituzionalismo latinoamericano che, nella prospettiva europea, genera maggior interesse è data dall'evoluzione e dalla pluralità degli istituti di tutela diretta dei diritti fondamentali. L'interesse deriva dalla circostanza che il sistema europeo di giustizia costituzionale, basato prevalentemente su forme di controllo astratto di costituzionalità, evidenzia un limite – la dottrina ha parlato, in proposito, di “debilidades inherentes” al modello Kelseniano –⁴⁹ individuabile nella

cia en la jurisdicción constitucional costarricense, in (AA.VV.) *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, 1996, p. 67 ss.

⁴⁸ In alcuni casi è la Costituzione stessa a statuire la necessaria applicabilità della normativa internazionale in tema di diritti da parte dei poteri pubblici e, in particolare, dei giudici. Ad esempio, nella Costituzione del Venezuela l'art. 31 riconosce ad ogni persona il diritto di sollecitare “el amparo de sus derechos humanos” nelle forme previste dalle Convenzioni internazionali ratificate dallo Stato; mentre l'art. 18 della Costituzione dell'Ecuador stabilisce che “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

In altri ordinamenti, invece, il valore normativo della Carta americana e della giurisprudenza della Corte interamericana è stato riconosciuto da diversi Tribunali costituzionali: ad esempio, la *Corte suprema de Justicia de la Nación argentina* ha qualificato tale giurisprudenza alla stregua di una guida per l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione; la *Corte Suprema de Justicia* del Venezuela ha dichiarato l'incostituzionalità di atti giuridici in contrasto con la giurisprudenza internazionale. Mentre in modo incisivo la *Sala Constitucional* di Costa Rica ha affermato che la giurisprudenza degli organi di giustizia interamericana possiede “el mismo valor de la norma interpretada”. Per una ricognizione generale si veda; R. HERNANDEZ VALLE, *L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte americana dei diritti dell'uomo da parte dei supremi tribunali e dei tribunali costituzionali dell'America latina*, in (G. ROLLA cur.) *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 73 ss.

⁴⁹ Così: F. RUBIO LLORENTE, *Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2003, p. 53.

mancanza “nell’ambito della giurisdizione costituzionale di un tipo particolare di giurisdizione costituzionale delle libertà”, con la conseguenza che da tale mancanza deriva “l’inadeguatezza della tutela e l’inefficacia, quindi, del diritto”. Ritornano, quindi, di grande attualità le parole di Cappelletti il quale, nel suo importante contributo alla conoscenza comparata dei sistemi di giustizia costituzionale, ha indicato tra le ragioni giustificative del suo lavoro l’esigenza di prevedere nell’ordinamento italiano istituti o procedure capaci di “far effettivamente valere i diritti fondamentali”.⁵⁰

Da ciò l’oggettivo interesse per l’esperienza del *juicio de amparo*, per l’influenza che tale istituto processuale ha esercitato in alcune Costituzioni – prima fra tutte la Costituzione spagnola del 1978 –⁵¹ e per il contributo dato alla circolazione giuridica delle forme di ricorso diretto di costituzionalità a tutela dei diritti.⁵²

I sistemi di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali vigenti nel continente latinoamericano – che trovano il loro prototipo nell’*amparo* messicano –⁵³ si caratterizzano per la varietà e la originalità della loro disciplina. In proposito, si possono introdurre alcune classificazioni.

In primo luogo, qualora si consideri l’organo competente a decidere il ricorso, si può distinguere tra ricorsi ordinari e costituzionali. Mentre questi ultimi – come si è visto nel paragrafo precedente – rientrano tra le

⁵⁰ Vedi: M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, p. 6.

⁵¹ Cfr., F. FERNANDEZ SEGADO (cur.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003.

⁵² Sul punto si rinvia a: J. BRAGE CAMAZANO, *Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en los países de la Europa del este*, in *Revista de estudios políticos*, 2005, p. 193 ss.; M. OLIVETTI, T. GROPPI (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003; L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.

⁵³ Tale *amparo* trova il suo riferimento storico nell’art. 25 dell’*Acta de Reformas Constitucionales* del 18 maggio del 1847, il quale attribuiva ai tribunali della Federazione la competenza a riconoscere l’esercizio e la conservazione dei diritti di rango costituzionale contro le lesioni provenienti dal potere legislativo ed esecutivo; mentre gli artt. 101 ss della Costituzione federale del 5 febbraio 1857, parlando di leggi o atti di “cualquiera autoridad”, ampliavano l’ambito della tutela includendo anche le decisioni dei tribunali.

In materia, si veda: E. PALOMINO MANCHEGO, *La primera sentencia de Amparo en México*, in *Revista peruana de derecho público*, 2003, 6, p. 135 ss.; J. SOBERANES FERNANDEZ, *Notas sobre el origen del amparo-casación en México*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1992, p. 530 ss.

competenze proprie dei Tribunali costituzionali, i primi danno vita a procedimenti giurisdizionali risolti dal potere giudiziario ordinario.

Ricorsi ordinari sono istituiti, ad esempio, in Cile, la cui Costituzione disciplina il *recurso de protección*, il quale consente di ricorrere innanzi alle *Cortes de Apelaciones* contro atti od omissioni illegali che incidono sul legittimo esercizio dei diritti e delle garanzie costituzionali;⁵⁴ oppure in Argentina, dove la riforma costituzionale del 1994 ha introdotto vari ricorsi a tutela dei diritti fondamentali (*habeas corpus*, *habeas data*, *amparo*) esperibili contro tutti i comportamenti suscettibili di restringere in modo arbitrario o manifestamente illegale l'esercizio di un diritto fondamentale.⁵⁵

Eguale, ricorsi ordinari di *amparo* o di *habeas corpus* o di *habeas data* sono previsti negli ordinamenti costituzionali del Messico,⁵⁶ di Panama,⁵⁷ della Colombia,⁵⁸ dell'Ecuador,⁵⁹ e del Brasile.⁶⁰

In secondo luogo, i ricorsi per la tutela diretta dei diritti fondamentali possono essere classificati in relazione ai soggetti nei cui confronti può essere presentato il ricorso.

In questo caso, si distingue tra ordinamenti che ammettono il ricorso nei confronti di tutti i pubblici poteri (Cile, Messico, Panama, Ecuador, Bolivia, El Salvador); tra ordinamenti che escludono dai ricorsi contro i

⁵⁴ Cfr., H. NOGUEIRA ALCALA, *La jurisdicción constitucional en Chile*, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, Lima, 1996, p. 562 ss.

⁵⁵ Vedi: G. BIDART CAMPOS, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1965; N. SAGUES, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, 1992; M. A. GELLI, *El amparo argentino en tiempos de crisis*, in *Revista argentina de derecho constitucional*, 2001, p. 11 ss.; R. VANNOSSI, *Evaluation del amparo argentino hasta la reforma constitucional del 1994*, in *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 2002, p. 61 ss.

⁵⁶ Cfr., E. FERRER MAC-GREGOR, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, 2002; H. FIX ZAMUDIO, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2003.

⁵⁷ Cfr., F. RODRIGUEZ ROBLES, *La jurisdicción constitucional en Panama*, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, cit., p. 819 ss.

⁵⁸ Cfr., E. CIFUENTES MUNOZ, *La jurisdicción constitucional colombiana*, in *Una mirada a los Tribunales constitucionales*, Lima, 1995, p. 157 ss.; L. TOCORA, *Control constitucional y derechos humanos*, Santafe de Bogotá, 1992; E. REY, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Cali, 1994.

⁵⁹ Cfr., H. SALGADO PESANTES, *El control de constitucionalidad en la carta política del Ecuador*, in *Una mirada a los Tribunales constitucionales*, cit., 1995, p. 182.

⁶⁰ Si veda: L. PINTO FERREIRA, *Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil*, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., p. 413 ss.

pubblici poteri le sentenze dei giudici – è il caso, ad esempio, della Colombia ove la Corte costituzionale (sentenza C-543 del 1992) ha dichiarato incostituzionale la norma del decreto 2591 del 1991 che prevedeva l'*acción de tutela* anche contro le decisioni giurisdizionali –⁶¹ o che consentono di ricorrere anche verso atti od omissioni dei privati (Argentina, Brasile, Costa Rica, Guatemala, Colombia).⁶²

Tuttavia, la distinzione principale consente di suddividere i ricorsi a seconda che siano previsti istituti di garanzia generale ovvero settoriale.

Il principale strumento settoriale di tutela diretta dei diritti è costituito dall'*habeas corpus* – successivamente accompagnato dall'*habeas data* che ne costituisce una naturale evoluzione, dal momento che la tutela della riservatezza e la protezione dei dati personali costituiscono elementi necessari al libero sviluppo della personalità –: tale istituto consente, in generale, di impugnare qualsiasi determinazione arbitraria dei poteri pubblici suscettibile di incidere sulla libertà personale, intesa in una accezione ampia.

Il ricorso di *habeas corpus* – riconducibile all'omonimo istituto inglese, introdotto per tutelare la libertà personale da limitazioni arbitrarie – rappresenta uno strumento processuale assai risalente nel tempo: basti considerare che una apposito progetto di legge fu elaborato dalle *Cortes de Cádiz* già nel 1810, mentre la prima disciplina positiva si rinviene nel Codice penale dell'Impero del Brasile del 1830.

Nella sua ampia diffusione nei paesi dell'America latina ha ricevuto discipline differenziate, sia dal punto di vista della denominazione che sotto il profilo dell'individuazione delle posizioni soggettive tutelate. Con riferimento al primo elemento si può evidenziare che in alcuni ordinamenti si parla di *recurso de exhibición personal* (Honduras, El Salvador, Guatemala), di *mandato de segurança* (Brasile), di *amparo a la libertad* (Venezuela), di *recurso de amparo* (Chile) o di *amparo libertad* (Messico).

⁶¹ Cfr., E. CIFUENTES MUNOZ, *La jurisdicción constitucional colombiana*, cit., p. 157 ss.

⁶² I ricorsi avverso i privati, in genere, sono sottoposti ad alcune limitazioni specifiche. Per esempio, la *Ley de Amparo* della Costa Rica ammette il ricorso contro i privati in tre ipotesi: se il privato svolge funzioni pubbliche; se si trova in una posizione di preminenza nei confronti del ricorrente; quando i rimedi processuali ordinari appaiono insufficienti o tardivi per consentire un tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Eguale, in Brasile il *mandado de securanga* può essere attivato soltanto nei confronti di privati che esercitano funzioni pubbliche; mentre, in Colombia, la legge individua tassativamente i casi in cui può essere presentato un ricorso contro privati.

Per quanto concerne, invece, l'oggetto della garanzia si oscilla dalle discipline più restrittive – che tutelano i diritti “storici” di libertà dagli arresti e di circolazione – a quelle più evolute, che comprendono nella tutela la gran parte delle posizioni soggettive riconducibili al libero sviluppo della propria personalità, alla libertà da coscienza e di opinione, alle garanzie processuali (dal diritto alla difesa al principio di presunzione di innocenza).

Tuttavia, nonostante la varietà dei percorsi, mi pare che non sia arbitrario ricondurre i differenti istituti processuali all'interno di una figura unitaria: sia per la loro funzione istituzionale, finalizzata ad assicurare la legalità costituzionale di ogni provvedimento restrittivo della libertà individuale; sia perché il loro obiettivo specifico può essere individuato nella tutela di una visione sempre più evoluta di persona, passando dalla garanzia della libertà personale alla salvaguardia della libertà della persona.

Alla luce di tale sviluppo si può, a nostro avviso, affermare che i diversi strumenti processuali riconducibili alla figura dell'*habeas corpus* fanno parte dello strumentario che il costituzionalismo ha predisposto nell'ambito dei diritti fondamentali e rappresentano, in quanto tali, una delle manifestazioni primarie della giustizia costituzionale.

Tra i profili di interesse che rivela l'evoluzione dell'*habeas corpus* in America latina merita una particolare sottolineatura l'estensione di tale strumento processuale anche ai regimi di eccezione.

La storia costituzionale dell'America latina – pur con qualche differenza – è stata contrassegnata dal succedersi di colpi di Stato, di moti e di rivoluzioni, che determinarono – come è stato efficacemente affermato – “la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional.”⁶³ Tale risultato è stato possibile, in genere, attraverso il ricorso alla disciplina degli stati di emergenza, che consentivano di derogare (spesso a tempo indeterminato) alle norme costituzionali, senza peraltro abrogarle espressamente.

Per tale motivo, i testi costituzionali del nuovo costituzionalismo latinoamericano si sono premurati di disciplinare i presupposti, le modalità ed i limiti dei poteri attribuiti in seguito alla dichiarazione di una situazione di emergenza: con particolare riferimento alle procedure da seguire per conferire legittimazione agli stati di eccezione. Così come hanno pre-

⁶³ Così: H. GROS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, cit., p. 155.

cisato le garanzie ed i diritti individuali che, comunque, debbono essere riconosciuti.⁶⁴

Una peculiarità del sistema latinoamericano di tutela dei diritti fondamentali è rappresentata dall'istituzione di Tribunali elettorali, cioè di organi autonomi, specializzati e permanenti – di norma, incardinati all'interno del *Poder Judicial* – aventi competenza in materiale elettorale per quanto concerne sia l'organizzazione delle elezioni, sia la risoluzione delle controversie elettorali.⁶⁵

Tali organi hanno svolto un ruolo istituzionale di grande rilevanza: per un verso, vegliando sulla regolarità delle procedure elettorali e sulla legittimità della rappresentanza politica, hanno favorito la transizione e il consolidamento democratico nel continente americano. Per un altro verso, hanno trasferito i contenziosi in materia elettorale dall'ambito politico a quello giurisdizionale, ampliando lo spettro delle forme di giustizia costituzionale, intesa come tutela giurisdizionale della primazia della Costituzione.⁶⁶

⁶⁴ Ad esempio, la Costituzione della Colombia stabilisce che le libertà fondamentali riconosciute nei trattati internazionali non possono essere lese durante *el estado de insurrección* (art. 212); la Costituzione del Nicaragua salvaguarda, durante gli stati di emergenza, il diritto alla vita ed i diritti riconducibili alla dignità ed all'integrità della persona umana (art. 185); la Costituzione del Perù dispone che durante *el estado de asedio y de emergencia* si conservano le garanzie processuali proprie del *juicio de amparo y habeas corpus* (art. 200); a sua volta la Costituzione del Venezuela garantisce durante gli stati di emergenza, oltre al diritto alla vita, il diritto ad un giusto processo, mentre vieta la tortura e la discriminazione (art. 337). Inoltre, disposizioni costituzionali simili sono presenti nelle Costituzioni del Paraguay, del Guatemala, del Cile, dell'Argentina.

Così come si può citare, in proposito, l'orientamento della *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, secondo il quale durante la vigenza degli stati di emergenza deve, comunque, garantirsi l'esercizio di tutti gli strumenti processuali previsti dalle Costituzioni per la tutela diretta dei diritti fondamentali (*juicio de amparo, habeas corpus, mandato de seguridad, recurso de protección, acción de tutela*).

In materia: AA.VV., *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamerica*, Lima, 1997; G. DE VERGOTTINI (cur), *Costituzione ed Emergenza in America Latina*, Torino, 1997; L. DESPOUY, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, 1999.

⁶⁵ Tribunali elettorali sono previsti ad esempio, in Messico, Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay, Costa Rica.

⁶⁶ In questo contesto, si segnala l'articolata esperienza messicana che alcuni autori hanno qualificato come "sistema integral de justicia constitucional". Essa, infatti, si articola in tre livelli: uno amministrativo, che consente di presentare un *recurso de revisión* presso l'*Instituto federal electoral*; uno propriamente costituzionale, che autorizza i partiti politici e le minoranze parlamentare a sollevare un'azione di incostituzionalità presso la

In tal modo la giustiziabilità dei diritti costituzionali si è estesa anche all'ambito dei diritti politici – in alcuni ordinamenti esclusi dal ricorso di *amparo* –. Ad esempio, secondo una giurisprudenza (risalente agli inizi del secolo passato) della *Suprema Corte de Justicia de la Nación* del Messico la violazione dei diritti politici non autorizzava la presentazione di un ricorso di *amparo* “porque no se trata de garantías individuales”.⁶⁷

5. Segue: a) i ricorsi generali.

A loro volta, i ricorsi generali a tutela dei diritti possono essere attivati a salvaguardia di qualsiasi diritto riconosciuto e protetto dalla carta costituzionale, dalle leggi o dagli accordi internazionali ratificati dallo Stato.

In generale, la legittimazione attiva spetta a qualsiasi persona – fisica o giuridica (compresi gli stranieri) – che si ritenga lesa o minacciata nell'esercizio di un diritto fondamentale. Con il ricorso si chiede al giudice competente che venga ristabilito il godimento del diritto leso illegittimamente; le decisioni sono vincolanti per l'autorità pubblica ed in caso di mancato rispetto della decisione il giudice può sollecitare la rimozione del funzionario inadempiente, l'applicazione di sanzioni e di indennizzi.

Tra le azioni di carattere generale a tutela dei diritti costituzionalmente garantiti suscita un particolare interesse per lo studioso di diritto pubblico comparato – accanto allo strumento processuale dell'*amparo* – l'esperienza delle azioni popolari e di gruppo, previste a garanzia dei diritti e degli interessi collettivi: con particolare attenzione per alcuni beni quali la sicurezza e la salute pubblica, l'etica amministrativa, l'ambiente, il mercato e la libera concorrenza economica.

L'azione popolare di incostituzionalità – prevista dalle Costituzioni

Suprema Corte de Justicia de la Nación contro leggi ritenute lesive delle disposizioni costituzionali in materia elettorale. Una forma, infine, di ricorso diretto a tutela dei diritti elettorali presso il *Tribunal electoral del Poder Judicial* avverso atti o risoluzioni in materia elettorale.

⁶⁷ Si veda: J. OROZCO ENRIQUEZ, *Los procesos electorales y el Tribunal electoral*, in *Derecho procesal constitucional*, México, 1998, p. 1164 ss. Sul punto, vedi anche: G. ORTIZ MAYAGOITIA, *El control constitucional de las leyes electorales*, in *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 1182 ss.

della Colombia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela e Panama, Guatemala ed Ecuador – può essere attivata sia da privati, sia da specifici organi (quali – ad esempio – il Difensore del popolo o il pubblico ministero). I principi processuali applicabili sono analoghi a quelli delle azioni di *amparo*: prevalenza del diritto sostanziale, pubblicità, economia, celerità ed efficacia. Inoltre, il giudice deve assicurare il rispetto delle garanzie processuali e dell'equilibrio tra le parti.

All'interno di profili procedurali comuni si rinvencono specificità proprie di singoli ordinamenti. Ad esempio, la legittimazione attiva in Colombia, El Salvador e Nicaragua è consentita a tutti i cittadini; invece, in Venezuela e Panama è estesa a qualsiasi persona, anche se non gode del requisito della cittadinanza. In Guatemala, poi, è concessa a qualsiasi individuo, che deve però essere assistito da un collegio di tre avvocati; mentre in Ecuador è soggetta a previo parere favorevole del *Defensor del Pueblo*.

Inoltre, per quanto concerne l'oggetto del ricorso, la Costituzione di Panama prevede che possano essere oggetto di impugnazione non solo le leggi e gli atti aventi forza di legge (come negli altri ordinamenti) ma tutti gli atti statali; per contro in Nicaragua, l'azione popolare può essere esercitata anche avverso i regolamenti.⁶⁸

Un altro istituto processuale di particolare interesse – e che, a nostro avviso, meriterebbe una maggior attenzione in Europa, ove, con la sola eccezione del Portogallo,⁶⁹ non sono previsti appositi strumenti processuali – è rappresentato dai rimedi contro le omissioni del legislatore e dei pubblici poteri suscettibili di ledere diritti costituzionali.

In proposito, due tendenze della disciplina costituzionale dei diritti fondamentali vanno considerate: da un lato, la rilevanza crescente che nelle carte costituzionali assumono i diritti di prestazione, dall'altro lato l'osservazione che la stessa distinzione storica tra diritti come libertà negativa (che si realizzano attraverso la protezione e la difesa del singolo nei confronti del legislatore, dei pubblici poteri e dei privati) e di-

⁶⁸ Cfr., A. R. BREWER CARIAS, *La jurisdicción constitucional en America Latina*, in *La jurisdicción constitucional en iberoamerica*, cit., p. 21; J. BRAGE CAMAZANO, *La acción de inconstitucionalid*, México, 2000, p. 106.

⁶⁹ Si veda per tutti: L. NUNES DE ALMEIDA, *Le Tribunal constitutionnel portugues*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, p. 197 ss.

ritti di prestazione (che postulano un intervento regolatore della legge) non sembra più rappresentare un'alternativa radicale circa la concezione dei diritti fondamentali. Infatti, la componente prestazionale è importante in entrambi i tipi, dal momento che anche nel caso dei diritti di libertà il loro godimento è necessariamente condizionato dall'interposizione in funzione organizzativa dell'amministrazione pubblica o del legislatore.⁷⁰

Siffatti elementi pongono problemi nuovi e specifici in tema di garanzia dei diritti fondamentali sintetizzabili nel fatto che la violazione di un diritto non è determinata solo da una scelta attiva dei pubblici poteri o da un comportamento di un privato, ma anche dalla mancata predisposizione di regole, di strumenti e di mezzi necessari per assicurarne l'effettiva fruizione.

L'*amparo* contro le omissioni da parte dei pubblici poteri, influenzato dal nordamericano *writ of mandamus*, riconosce alla persona che si ritiene lesa in un suo diritto costituzionale a causa dell'inerzia dei poteri pubblici la possibilità di ricorrere innanzi ad un magistrato – ivi compresa la Corte Suprema o il Tribunale costituzionale – affinché ordini all'amministrazione di provvedere ed al legislatore di normare.⁷¹ In particolare, l'azione di incostituzionalità per omissione della legge può essere attivata quando “el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata pues de un simple no hacer negativo, sino de no hacer lo que de forma concreta y explicita estaba obligado constitucionalmente”.⁷²

In generale, il giudice può rimediare all'omissione sia unilateralmente, tramite una sentenza interpretativa o attuando direttamente il disposto costituzionale; sia in forma bilaterale ricercando una collaborazione con

⁷⁰ Cfr., J. JIMENEZ CAMPO, *El legislador de los derechos fundamentales*, in *Estudios derecho público un homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, p. 473 ss.; L. MARTIN RETORILLO, *El paradójico protagonismo de la administración pública por la efectividad de algunos derechos fundamentales*, in *Revista aragonesa de administración pública*, 1994, 4, p. 11 ss.

⁷¹ Si veda: M. VILLAVERDE, *La incostitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; J. J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La incostitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; V. BAZAN (cur.), *Incstitucionalidad por omisión*, Bogotá, 1997; P. DEMIRZARY PEREDO, *La incostitucionalidad por omisión*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, p. 63 ss.

⁷² Cfr., J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La incostitucionalidad por omisión*, cit., p. 77.

l'autorità che ha dato vita alla condotta omissiva – fissando un termine entro il quale provvedere ovvero fornendo raccomandazioni da fare al legislatore –.⁷³

⁷³ Ad esempio, in Costa Rica, in virtù dell'art. 73. f) della legge sulla giurisdizione costituzionale del 18 ottobre 1989, tale controllo può essere richiesto anche di ufficio da parte del *Contralor General de la República*, del *Fiscal General de la República* o del *Defensor de los Habitantes*. Perché si possa ricorrere davanti alla *Sala Constitucional* deve esistere preventivamente un contenzioso giurisdizionale, a meno che la natura della omissione produca effetti diretti o si tratti di interessi diffusi che interessano la comunità nel suo complesso.

In Argentina sono le Costituzioni provinciali a disciplinare questi istituti: ad esempio, la Costituzione della Provincia di *Río Negro* (art. 207. 2 d) attribuisce al Tribunale superiore di giustizia la competenza per intervenire in caso di non attuazione di una norma dalla quale derivano obblighi specifici a carico dei poteri pubblici. L'ordinamento di tale Provincia prevede che la Corte dichiari l'omissione e sani l'ordine giuridico violato; così come dispone che in caso di ulteriore inerzia da parte dei pubblici poteri sia previsto un indennizzo.

Eguale, l'art. 295 della Costituzione del Perù prevede azioni ogni volta che i diritti costituzionali vengono violati a causa di omissione di "actos de cumplimiento obligatorio". Mentre l'art. 87 della Costituzione della Colombia consente ad ogni persona di ricorrere innanzi all'autorità giudiziaria per rendere effettiva l'applicazione di una norma o di un atto amministrativo, attraverso un ordine di adempimento da parte dell'autorità giurisdizionale.

Tuttavia, l'esperienza più significativa nel panorama comparato appare quella del Brasile, la cui Costituzione prevede all'art. 103. 2 che il Tribunale supremo federale, qualora verifichi l'esistenza di una omissione tale da produrre l'ineffettività di un precetto costituzionale, deve ingiungere al potere di compire l'atto dovuto. Nel caso, poi, che l'omissione colpisca il godimento di un diritto fondamentale, l'art. 5. 71 della Costituzione prevede il *mandado de injunção*: un controllo di costituzionalità per omissione di tipo concreto, che può essere esercitato sia dal Tribunale supremo federale, sia dal Tribunale superiore di giustizia, sia da altri organi giurisdizionali. La Costituzione brasiliana ha previsto anche il mandato di garanzia collettivo, che può essere esercitato dai partiti politici rappresentati nel Congresso nazionale, dalle organizzazioni sindacali e da enti o associazioni legalmente riconosciute e con non meno di un anno di funzionamento) in difesa degli interessi dei loro membri o associati.