

IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

**ESTUDIOS
ESPECIALIZADOS DE
DERECHOS HUMANOS
I**

AUTORES:

José E. ÁLVAREZ
Thomas BUERGENTHAL
Antônio A. CANÇADO TRINDADE
Ariel E. DULITZKY
Felipe GONZÁLEZ

COMPILADORES:

Thomas BUERGENTHAL y
Antônio A. CANÇADO TRINDADE

PRESENTACIÓN DE LA SERIE:

Thomas BUERGENTHAL y
Antônio A. CANÇADO TRINDADE

Primera Edición, San José, 1996

Las opiniones que se presentan en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del IIDH ni las posiciones de las agencias de cooperación de los gobiernos u organizaciones internacionales que patrocinan esta publicación.

© Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1996. Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio existente sin la autorización explícita y escrita del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Este material puede ser citado siempre que se dé el respectivo crédito.

341.481

159e

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Estudios especializados de derechos humanos I.
/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos,
Editado por Thomas Buergenthal y Antônio A.
Cançado Trindade. -- San José, C.R.: Instituto
Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
266 p.; 6" x 9".

ISBN 9977-962-83-9

1. DERECHOS HUMANOS-INFORMES. 2.
REFUGIADOS 3. DERECHOS HUMANOS-
PROTECCION. 4. DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO. 5. DERECHO CONSTITUCIO-
NAL. 6. DERECHOS HUMANOS-FILOSOFIA
I. Thomas, Buergenthal, ed. II. Trindade, Antônio A.
Cançado, ed. III. Título.

**INSTITUTO INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**
Apartado Postal 10.081-1000
San José, COSTA RICA
Tel.:(506) 234 0404 Fax: (506) 234 0955

(IIDH)
circun

LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Ariel E. DULITZKY*

No acepten lo habitual como cosa natural pues en tiempos de desorden sangriento, de confusión organizada, de arbitrariedad conciente, de humanidad deshumanizada, nada debe parecer imposible de cambiar.

Bertolt Brecht

Hace más de sesenta años, Mirkine Gutzevich advertía sobre el proceso de internacionalización del derecho constitucional¹. Especialmente a partir de la segunda posguerra, se hizo evidente este proceso, siendo el campo de los derechos humanos donde se han producido las internacionalizaciones constitucionales más evidentes.

Probablemente sea en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, donde se haya mostrado una evolución más vigorosa de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional².

* Director, *Center for Justice and International Law* (CEJIL).

¹ Boris Mirkine Gutzevich, *Derecho Constitucional Internacional*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

² Fix Zamudio, Héctor, *La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos, II*, Compiladores Antonio Cançado Trindade y Lorena González Volio, IIDH, San José, 1995, pág. 59.

En materia de derechos humanos y superando la doctrina clásica de la radical distinción entre ambos, cada vez con mayor énfasis, derecho internacional y derecho interno interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales³. En este ámbito, paulatinamente se hace más explícita la interpenetración entre las jurisdicciones internacional y nacional.

No sorprende pues, que las Constituciones contemporáneas reflejen esta realidad. No solamente tomando como fuente de inspiración a las normas internacionales sino que, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos, o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente reconocidos.

Los derechos humanos, hoy en día, son una materia común al derecho internacional y al derecho interno. En el ámbito nacional, el derecho constitucional por su propia naturaleza es quien se ocupa primordialmente de los derechos humanos. En especial, aunque no exclusivamente, las Constituciones contienen un catálogo de derechos, de garantías y mecanismos de control y protección. A este hecho, debe aunarse la circunstancia que son las Constituciones quienes regulan la jerarquía que los tratados de derechos humanos ocuparán en el orden interno⁴.

En este trabajo se analizará la nueva dimensión del derecho constitucional. El foco principal de atención será el tratamiento que diversas Constituciones iberoamericanas le dan al derecho internacional de los derechos humanos.

Las transformaciones que dieron origen al llamado "nuevo orden internacional"⁵ influyeron definitivamente para que emergiera un nuevo constitucionalismo. Entre otras características, las nuevas Constituciones reconocen explícitamente el impacto de la internacionalización de la protección de los derechos humanos.

En el análisis que sigue solamente se hará mención de aquellas Constituciones que contienen referencias expresas a normas internacionales relativas a derechos humanos. De esta manera quedan al margen numerosas Constituciones que por vía interpretativa permiten señalar que los derechos humanos internacionalmente reconocidos gozan de rango constitucional. Especialmente

3 Albanese Susana, *Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno*, E.D. 09/12/91, pág. 1.

4 Carlos M. Ayala Corao, *El Derecho de los Derechos Humanos (La Convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)* El Derecho, Tomo 160 pág. 760.

5 Para un análisis de la política internacional en materia de derechos humanos en el nuevo orden mundial, ver Jack Donnelly, *International Human Rights*, Westview Press, 1993, pag. 133 y sigs. Concientemente no se trata el tema de qué se entiende por "nuevo orden mundial o internacional" ni si en nuestros días se está transitando por una nueva etapa en el desarrollo de la comunidad internacional.

quedan sin analizar las Constituciones que declaran como constitucionales aquellos derechos que sean inherentes a la persona humana aunque no figuren expresamente en el texto constitucional e independientemente del rango que tengan los tratados internacionales en el derecho interno⁶.

El objetivo principal es exponer cómo las nuevas Constituciones iberoamericanas en materia de derechos humanos no siguen necesariamente los mismos principios que adoptan en el resto de los ámbitos abarcados por el derecho internacional. Las normas internacionales de carácter humanitario reciben una atención diferenciada en estas nuevas Constituciones, que se pretende poner de resalto y analizar.

Todas las normas fundamentales que se estudian, coinciden en que las soluciones generales acerca de la incorporación, jerarquía, aprobación, denuncia, etc. del conjunto de normas de origen internacional, no son aplicables directamente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. De allí que opten por darles un tratamiento específico.

I. Jerarquía de las normas y pluralidad de fuentes normativas en materia de derechos humanos

En todos los ordenamientos jurídicos modernos existe una pluralidad de fuentes de producción jurídica⁷. Lo cual requiere que se determine, --basándose en normas explícitas o en un principio fundamental de estructura-- una específica jerarquía entre las mismas fuentes, para reconducir todo el sistema normativo a un esquema unitario.

Si, a pesar de dicha diversidad de fuentes, es posible seguir hablando de un ordenamiento, es porque las normas que esas fuentes producen, guardan entre sí las relaciones de orden que vienen establecidas por las normas o fuentes. Un sistema jurídico complejo presupone unas reglas, que, al mismo tiempo que fundamentan la pluralidad misma, la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto⁸.

6 Carlos Ayala, *El Derecho de los Derechos Humanos...*, ob.cit. pág. 767/768.

7 Al referirnos a fuentes hacemos alusión a los "acontecimientos jurídicos (ya sean actos-fuente o hechos normativos-fuente) que en un ordenamiento dan lugar a una norma, de los que deriva la génesis o la causación --como creación, modificación o extinción-- de normas consideradas como válidas por dicho ordenamiento", Predieri, Alberto, *El sistema de fuentes del Derecho*, en *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, dirigido por Predieri y García de Enterría, Civitas, Madrid, 1984, pág. 269.

8 Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pág. 87.

La pluralidad de fuentes que coexisten en los distintos ordenamientos jurídicos es especialmente evidente en el caso de los derechos humanos. Hoy en día, los mismos se encuentran tanto en la esfera del Derecho internacional como del Derecho interno⁹. Desde hace años se abandonó la tesis que sostenía que constituye intervención en los asuntos internos de un estado, que se reclame el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos¹⁰.

Modernamente no cabe duda que los derechos del hombre representan una materia regulada tanto por el derecho interno como por el internacional¹¹. Como consecuencia de ello, el derecho de los estados y el derecho internacional, sea universal o regional, deben coexistir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana¹².

Ya no es posible, como sucedía en el Derecho internacional tradicional seguir considerando a la persona humana como un objeto del orden jurídico internacional. El proceso de humanización que hace de la persona humana y de sus derechos fundamentales un objeto específico de regulación, es un punto indiscutible de referencia de las normas internacionales¹³. Esta situación dió origen a un proceso de internacionalización de la protección del ser humano¹⁴.

9 Esta pluralidad de normas, indudablemente pone en crisis el paradigma clásico positivista del constitucionalismo y del Derecho en general. La alteración del sistema tradicional de fuentes, producida por el ingreso de normas de carácter internacional al ordenamiento interno, obliga a un replanteo global de la ciencia jurídica. Ferrajoli, Luigi, *El derecho como sistema de garantías*, en Justicia Penal y Sociedad, Año III-Nº5, agosto de 1994, págs. 9 y 17.

10 Pedro Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo progresivo*, Civitas-IIDH, 1987, p. 64. Como ha señalado el ex-presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Profesor Michael Reisman, en la actualidad no hay ninguna opinión seria desde el ámbito internacional que todavía apoye la tesis de que los derechos humanos están esencialmente dentro de la jurisdicción interna de algún estado y por lo tanto aislado del Derecho Internacional. Michael Reisman, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, 84 A.J.I.L. 869 (1990).

11 Una compacta referencia a las causas, etapas, consecuencias y estado actual del proceso de internacionalización de los derechos humanos, puede encontrarse en Louis Henkin, *The age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, pág. 11/30 y en Emilio Biasco, *La internacionalización de los derechos del hombre en el marco de la evolución histórica*, en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías*, Facultad de Derecho, Montevideo, 1990, pág.49/69.

12 Hector Gros Espiell, *Estudios Sobre Derechos Humanos, Vol. I*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

13 Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Publico*, Tecnos, 1991, pág. 40.

14 Se ha definido a la internacionalización de los derechos del hombre como el "gran movimiento, que principia en 1945, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos, de la Comunidad Europea, principalmente, y en otras instituciones, para obtener la tutela de los derechos de hombres y mujeres en todo el mundo, a través de la acción de los organismos internacionales, de tratados y convenciones sobre la materia, de instituciones *ad hoc*". César Sepúlveda, *La internacionalización de los derechos del hombre: Expansión y movimiento. Algunos Obstáculos para su progreso actual*, en César Sepúlveda, *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales 91/7, México, 1991, pág. 17.

La atención que en el ámbito internacional se le da a la protección de las libertades fundamentales y las particularidades y diferenciaciones que se producen del derecho internacional general, permitió el surgimiento de un campo específico de estudio, que es el derecho internacional de los derechos humanos¹⁵.

Una de las consecuencias que el proceso descrito conlleva es que las normas de origen internacional deberán integrarse al ordenamiento jurídico interno como una fuente adicional en materia de la protección de las libertades fundamentales. En el sistema jurídico nacional las Constituciones serán quienes deban determinar el modo de incorporación y la jerarquía que ocuparán dichas normas internacionales¹⁶.

Las diferentes Constituciones que se analizan, en efecto, otorgan una jerarquía particular a las normas internacionales de derechos humanos. Por ello, en los párrafos siguientes se harán algunas reflexiones previas sobre algunas cuestiones relativas a la jerarquía de las normas.

La jerarquía formal consiste en que a las normas se le asignan diferentes rangos --superior o inferior-- según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido. Técnicamente es un conjunto de reglas acerca de la validez de las normas, consistente en que unas, las que ocupan una posición inferior, pierden validez como normas cuando contradicen a otras superiores¹⁷.

La graduación jerárquica entre las distintas fuentes (con la consecuencia de la invalidez, originaria o sobrevenida, de la norma de grado inferior en contraste con aquella de grado superior, respectivamente precedente o posterior en el tiempo) se efectúa con modalidades diferentes por cada ordenamiento estatal particular. Por lo general, entre las fuentes del mismo grado se determina la prelación solo por la sucesión temporal ("*lex posterior abrogat priorem*"),

15 El Derecho internacional de los derechos humanos puede ser definido como "aquella rama del Derecho internacional que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos" T. Buergenthal, C. Grossman, y P. Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos, IIDH, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990, pág. 9. También se ha definido al derecho internacional de los derechos humanos como "el conjunto de reglas de Derecho Internacional que reconocen e intentan proteger los derechos de la persona en cuanto que sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran como derechos o libertades fundamentales", E. García de Enterría, E. Linde; L. Ortega y M. Sánchez Morón, El sistema europeo de protección de los derechos humanos, Madrid, Civitas, 1983, pág. 27.*

16 Eduardo Jiménez de Aréchaga, *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno*, 7 Revista IIDH, enero/junio 1988, 25.

17 No hablaremos de una distribución y jerarquía por materias, aun cuando en el trabajo hacemos referencia a una materia específica. Ello porque la distribución por materias en este punto fundamentalmente se refiere a las entidades territoriales que también tienen poder de producción normativa. De Otto, *Derecho Constitucional...*, ob. cit. pág. 93.

teniendo presente que la abrogación por parte de una norma posterior puede ocurrir: o por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las precedentes, o porque la nueva norma regula toda la materia ya regulada por aquella anterior (salvo el principio de que "*legi speciali per generalem non derogatur*")¹⁸.

En general la jerarquía prescinde del contenido de las disposiciones, para determinar su ubicación en el ordenamiento jurídico¹⁹. Sin embargo, cada vez es más claro que los constituyentes --tal como se desarrollará-- sí tienen en cuenta el contenido de determinadas normas, para otorgarles una jerarquía determinada, diferente del resto de las normas con idénticas características pero con distinto contenido²⁰. Esto en materia de protección de la persona humana es palpable en el constitucionalismo iberoamericano.

El sistema de normas sobre producción de normas, incluye actualmente no sólo regulaciones sobre el procedimiento para la formación y sanción de las leyes y demás disposiciones. Se compone también de normas sobre contenidos sustanciales, limitando y vinculando al poder y excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en sus actuaciones que reflejan valores y principios compartidos socialmente²¹.

Establecer concretamente la ubicación jerárquica de las normas de origen internacional tutelares de los derechos esenciales del ser humano, es definitorio para condicionar el modo de producción normativa del resto del ordenamiento. Ello pues una norma de grado superior puede contener reglas sobre el procedimiento o sobre el contenido con el carácter de directrices o preceptos que las normas inferiores no solamente no pueden modificar sino que adicionalmente deben realizarlas. Además la violación de estos preceptos directivos, prescriben como sanción la remoción de la norma que haya violado la jerarquía²².

En otras palabras, un tratado internacional de derechos humanos ubicado en la escala superior jerárquica del ordenamiento jurídico traerá entre otras las siguientes consecuencias:

En virtud del principio de unidad, a través del cual se asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas dentro del ordenamiento, las normas inferiores a los tratados deberán adecuarse a ellos. Las normas de igual nivel

18 Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pág.162/163.

19 Predieri, Alberto, *El Sistema...*, ob.cit., pág. 173.

20 Por ejemplo en materia presupuestaria, de partidos políticos, de integración regional, etc.

21 Ferrajoli, *El Derecho...*, ob.cit. pág.10/11.

22 Predieri, Alberto, *El Sistema...*, ob. cit. pág. 181.

jerárquico que los tratados no pueden contradecirse pues existirá una norma superior o un principio²³ que decida el conflicto.

Los tratados tendrán garantizados el control de su supremacía, pues si no se efectiviza el mismo, no existirá relación de supra y subordinación normativa dentro del ordenamiento.

Por aplicación del principio de razonabilidad, las normas inferiores deben ser instrumentos o medios adecuados (razonables) para cumplir con los fines establecidos por las normas superiores (en el caso los tratados).

Todo ello hace surgir un ordenamiento jurídico como una gradación de diferentes peldaños, en el cual los tratados de derechos humanos ocupan una posición privilegiada²⁴.

Antes de finalizar este capítulo introductorio debe llamarse la atención sobre la circunstancia que la supraordenación y el escalonamiento es siempre el fruto de opciones políticas que elevan una materia en vez de otra. No son otra cosa que decisiones políticas que traducen en valores, acuerdos entre distintos intereses²⁵.

No hay nada en la naturaleza de un tratado, una Constitución, una ley, un reglamento, o una disposición, que la haga superior o inferior a las demás. Lo único diferencial es que los constituyentes optaron por otorgar determinada ubicación supraordenada a algunas y colocar a las demás en una escala descendente.

Esto representa una valoración especial de determinadas materias --entre ellas los derechos humanos-- que conduce a quienes elaboran las Constituciones a colocarlas entre los peldaños superiores del ordenamiento jurídico, a fin de reafirmar su valor trascendente.

23 El principio es el de prevalencia de la norma más favorable a la protección de la persona humana. La preferencia de la protección más favorable a la persona, independientemente si proviene del derecho interno o el internacional, ha sido expresamente receptada en varios tratados: Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29; artículo 5.2 común a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 23; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículos 1, 14 y 16; Convención de los Derechos del Niño, artículo 41, etc.

24 Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, Depalma, Bs.As., 1993, pág. 405/406. Lo expuesto en el texto es una adaptación de las ideas de Quiroga Lavié hechas exclusivamente en función de la supremacía constitucional.

25 Alberto Predieri, *El Sistema...*, ob. cit. pág. 192.

II. Las particularidades de los tratados referentes a los derechos humanos

Las Constituciones iberoamericanas que contienen referencias al derecho internacional de los derechos humanos por lo general lo hacen con respecto a normas de carácter convencional²⁶.

Es bien conocido que estos tratados poseen particularidades que los distinguen de los tradicionales. Aún así, resulta útil destacar algunas de tales especificidades, antes de iniciar el análisis de las Constituciones iberoamericanas.

En los tratados tradicionales, sean multilaterales o bilaterales, los Estados partes persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, especialmente en aquellos conocidos en la doctrina como tratados-contratos²⁷. Por eso, los estados al redactar un tratado, buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados teniendo en cuenta este necesario equilibrio entre las partes de un tratado, permite que el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de ellas sirva de base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos²⁸.

El derecho de los tratados también recepta la cláusula *rebus sic stantibus*, y dentro de determinadas condiciones, permite que un cambio fundamental de circunstancias sobrevenido después de la celebración de un tratado, constituya causa legítima para que la parte afectada, lo dé por terminado o se retire de él²⁹. Estos ejemplos demuestran que el equilibrio entre los intereses de las partes representa una característica típica de los tratados en general.

La situación es totalmente diferente en las convenciones relativas a los derechos humanos. No puede considerarse que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos sea equilibrar recíprocamente intereses entre los estados³⁰.

26 Ello a pesar de la infinidad de normas de otro carácter vinculadas directamente al tema que nos ocupa. Sólo basta mencionar como ejemplo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos para tener en claro la importancia que dichas normas distintas de las convencionales tienen en esta esfera.

27 Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho...*, *ob. cit.*, pág. 108.

28 Artículo 60 de la Convención de Viena.

29 Artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Véase Corte Internacional de Justicia, *asunto de la jurisdicción de pesca*, (resolución sobre jurisdicción de la Corte), I.C.J., Reports, 1973, pág. 18-19.

30 Cassese por tal motivo, ha criticado a las Constituciones que contienen previsiones sobre la reciprocidad en materia de tratados sin hacer las especificaciones correspondientes, entre ellas las relativas a los tratados de derechos humanos. Cassese Antonio, *Modern Constitutions and International Law*, 195 *Recueil des Cours* 331 (1985), pág. 406.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

... los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano³¹.

Los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario a los estados, sino los individuos³².

Diversos organismos internacionales, han hecho referencia a esta circunstancia. La Corte Internacional de Justicia, fue la primera en subrayar las peculiaridades de estas convenciones cuando, respecto de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, señaló:

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones³³.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el mismo sentido, varias veces ha señalado que el objetivo del Convenio Europeo es el establecimiento de un orden público para la protección de los seres humanos. En el caso *Soering* destacó que:

al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta su carácter específico de tratado que instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales³⁴.

31 Opinión Consultiva OC-1/81, "Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (arts. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", párr. 24.

32 Nikken, La protección..., *ob. cit.*, pág.90.

33 *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil 1951 pág. 23.

34 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Soering*, 7 de julio de 1989, párrafo 87.

En nuestro continente, la Corte Interamericana por su parte, ha enfatizado que dichos instrumentos

no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción³⁵.

Estas peculiaridades determinan, entre otras cuestiones, que en materia de tratados de derechos humanos, sea inadecuado aplicar la *exceptio non adimplenti contractus*. Por eso, la terminación o suspensión de un tratado por una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra -uno de los efectos típicos de la reciprocidad- no es aplicable a estos tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, excluye específicamente en este punto "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados"³⁶.

Como un ejemplo adicional de la inaplicabilidad del principio de reciprocidad, muchos de los tratados de derechos humanos, ante su incumplimiento por un estado, -es decir por violación de alguno de los derechos reconocidos-, en lugar de permitir la terminación o suspensión del mismo, prevén que los demás estados presenten denuncias ante los órganos de protección, alegando la violación del tratado³⁷.

La naturaleza particular de este tipo de convenios, justifica el tratamiento especial que diversas Constituciones iberoamericanas le dispensan a los derechos internacionalmente protegidos por tratados. Es obvio que no será lo mismo el efecto interno e internacional que produzca la ratificación de un tratado

35 Opinión Consultiva OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", 24 de setiembre de 1982, párr. 47.

36 Artículo 60.5.

37 Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 45 que requiere una declaración especial de los Estados), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 11 y sigs.), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 41 y sigs.), etc.

internacional general que la de un tratado de protección de derechos humanos. Esta es también una posible justificación por la cual los constituyentes se preocupen por darle un especial tratamiento a las convenciones internacionales de derechos humanos.

III. La respuesta del constitucionalismo iberoamericano

Desde la segunda mitad de la década del '70, diversas Constituciones iberoamericanas reflejaron la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Esta situación, sin embargo no es particular del constitucionalismo iberoamericano, pues existen diversas Constituciones, en especial de Asia y Africa que también hacen expresa mención a normas del derecho internacional de los derechos humanos, generalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁸.

América Latina, no ha permanecido ajena a la tendencia de otorgar un tratamiento diferenciado o especial a los tratados de derechos humanos³⁹. Por el contrario, las más recientes Constituciones latinoamericanas se hacen eco de este nuevo enfoque al clásico dilema de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden jurídico interno⁴⁰.

Las técnicas que los constituyentes iberoamericanos han utilizado son muy diversas, pero todas reflejan una identidad y objetivo común. Los derechos humanos como materia que recibe la atención de la comunidad internacional, preocupan también a los redactores de los textos constitucionales, que entienden que deben darles un tratamiento especial.

Se han agrupado las referencias constitucionales explícitas a las normas internacionales relativas a derechos humanos en algunas categorías. Como cualquier clasificación, tiene un carácter discrecional y hasta en cierta medida arbitrario. El único objetivo que persigue el agrupamiento es clarificar la exposición.

Pero en modo alguno significa compartimentalizar de tal manera las Constituciones, que impida ver la identidad común entre ellas o que al distribuir sus

38 Por ejemplo Constitución de la República Popular Democrática de Yemen de 1970, art. 13 párrafo 1, Constitución de Malawi de 1966, art. 2 par. iii, Constitución de Somalia de 1979, art. 19. Ver Cassese Antonio, *Modern Constitutions...*, ob.cit.

39 Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, pág. 72.

40 Ver Ariel Dulitzky, *La jerarquía normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico argentino*, E.D. 144-849.

preceptos entre los distintos puntos de la clasificación haga olvidar que cada una es un texto único que debe ser analizado integralmente⁴¹.

La clasificación propuesta de las cláusulas constitucionales iberoamericanas con menciones expresas relativas a los derechos humanos internacionalmente protegidos es la siguiente:

- I. Cláusulas interpretativas
- II. Cláusulas reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados
- III. Cláusulas reguladoras de procedimientos especiales
 - a) Aprobación de tratados
 - b) Denuncia de tratados
- IV. Cláusulas declarativas
 - a) Preámbulos
 - b) Pautas relativas a la política exterior del Estado
 - c) Pautas de actuación para órganos estatales
 - d) Relativas a procesos de integración
- V. Cláusulas jerárquicas
 - a) Constitucional
 - 1. Tratados y Declaraciones
 - 2. Derechos consagrados en tratados
 - 3. Protección constitucional
 - 4. Derechos en particular
 - b) Sobre el Derecho Interno

41 Diversos tribunales siguen la pauta de una interpretación orgánica de las Constituciones de sus respectivos países. Un ejemplo de ello, es la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina que sostiene que: "La Constitución debe analizarse como un conjunto armónico dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás" (Fallos 167:121). Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1988, Tomo II y Hess Conrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

I. CLÁUSULAS INTERPRETATIVAS

La primer clasificación incluye a aquellas Constituciones que han optado por otorgarle a los operadores jurídicos pautas concretas acerca de cómo deben interpretarse las normas relativas a los derechos humanos y en ellas han incluido referencias expresas al derecho internacional⁴².

Puede considerarse que esta etapa fue inaugurada por la Constitución Portuguesa de 1976, con su conocido artículo 16. "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos" (art. 16.2).

La Constitución Portuguesa con esta redacción integra y complementa las normas y principios constitucionales relativos a derechos fundamentales con las reglas de la Declaración Universal. Una consecuencia fundamental de este hecho es que la misma Declaración goza en Portugal de las garantías generales de control y revisión constitucionales al igual que el resto de las normas de la Constitución⁴³.

Dos años después, la Constitución española, receptoría en su art. 10.2 una declaración similar a la del art. 16.2 de la Constitución Portuguesa. Pero no se limitó solo a la Declaración Universal sino que incluyó también a "los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

La importancia del artículo 10.2 está dada en cuanto no apela a los Convenios internacionales como Derecho interno⁴⁴, sino que lo hace a efectos de la interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución⁴⁵.

42 Bidart Campos ha sostenido que las Constituciones que no poseen tales pautas de manera explícita merecen interpretarse como si lo contuvieran implícitamente, si es que verdaderamente responden a la tipología democrática. Ello porque toda Constitución democrática se apoya en un plexo de derechos que se inspira en una filosofía similar a la del derecho internacional de los derechos humanos, es decir el personalismo humanista. En segundo término porque al ingresar a un sistema universal o regional de derechos humanos componen de manera unitaria su sistema de derechos con dos fuentes afines: la Constitución y el derecho internacional. Germán Bidart Campos, *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Revista del IIDH, n°19, Enero/Junio 1994, pág. 28. Vanossi, en cambio, sostiene que esta cláusula interpretativa debería figurar expresamente en la Constitución, siendo por lo tanto una tarea de los constituyentes, incluir un mandato hermenéutico de tal tipo. Sería en definitiva un problema de técnica constitucional. Vanossi, Jorge Reinaldo, *La operatividad de las normas internacionales. Cuestiones de orden constitucional*, Revista Jurisprudencia Argentina, 15 de septiembre de 1993, pág. 6-7.

43 Jorge Miranda, *Os direitos fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, N° 18, Septiembre-Diciembre de 1986, pág. 135.

44 Ya reconocido de acuerdo al artículo 96 de la Constitución española, según el cual los tratados válidamente celebrados por España, una vez publicados, se incorporan al ordenamiento interno.

45 Carlos Fernández de Casadevante, *La aplicación del convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Tecnos, 1988, pág. 52.

La doctrina española ha señalado reiteradamente que la interpretación a que alude el artículo 10.2 únicamente podrá realizarse cuando se trate de conseguir una interpretación *in bonum*, pero nunca *in peiu* de la correlativa norma constitucional⁴⁶. Como consecuencia del artículo 60 del Convenio Europeo⁴⁷, la interpretación no puede ir destinada a restringir el derecho en cuestión.

Sólo cuando la Constitución garantiza explícitamente menos de lo que en los tratados se proclama tiene aplicación el 10.2; no en cambio, cuando garantiza explícitamente o hay razones para considerar que garantiza implícitamente más. La norma es solo una especificación del principio *favor libertatis*. O lo que es lo mismo, implica aceptar la aplicación del principio del derecho internacional de los derechos humanos de la norma más favorable a la protección de la persona.

Esta cláusula de garantía repercute ampliamente en el derecho español. Todas las diferencias interpretativas de las cláusulas constitucionales deberán resolverse en favor de la interpretación que suministren los tratados o convenios internacionales, conllevando la posibilidad de invocar ante los tribunales españoles las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos u otros organismos de control. Además las leyes que vulneren interpretaciones de tratados de derechos humanos podrán ser reputadas como inconstitucionales⁴⁸, por ser contrarias al citado artículo 10.2.

El mérito de la norma es ofrecer parámetros relativamente precisos, con base a los que resultara más fácil para los jueces españoles admitir otros derechos fundamentales no expresamente sancionados por la Constitución⁴⁹.

En Latinoamérica, la Constitución peruana de 1993, siguiendo casi al pie de la letra la redacción española, entre sus disposiciones finales y transitorias incluye que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (Disposición Cuarta).

46 Fernández de Casadevante, *La aplicación...*, ob. cit. pág. 55.

47 Este artículo dice: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte".

48 García de Enterría, Eduardo y otros, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, 1989, pág. 180/181.

49 Silvio Basile, *Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La Constitución española...*, ob. cit., pág. 277/278.

La Constitución Política de Colombia de 1991, tomando también en este punto como modelo a la Constitución de España, en su artículo 93, luego de determinar que los tratados de derechos humanos ratificados prevalecen en el orden interno, estableció que los derechos constitucionalmente consagrados serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia⁵⁰.

La Corte Constitucional de Colombia reconoció que el artículo 93 es el único criterio interpretativo con rango constitucional expreso que existe en el ordenamiento colombiano⁵¹.

II. CLÁUSULAS RECONOCEDORAS DE DERECHOS IMPLÍCITOS O NO ENUMERADOS

Dentro de las técnicas constitucionales es común hallar una cláusula que se denomina *derechos implícitos*. En la misma se suele establecer que los derechos expresamente declarados no implican la negación de otros que surgen de la naturaleza humana, que son inherentes al hombre, a la soberanía popular, etc.⁵². Cada vez más, las Constituciones hacen referencia al hablar del catálogo de derecho o a los derechos no enumerados, no solamente al que ellas mismas contienen sino que expresamente mencionan a las normas de origen internacional relativas a derechos humanos.

Esta referencia es importantísima, pues ilustra sobre la concepción de los constituyentes acerca de la integralidad del sistema de derechos. Ya no consideran que los únicos derechos garantizados son los de la propia Constitución, sino que también se encuentran los que tienen su fuente normativa en el derecho internacional. Pero aún a falta de ellos puede haber todavía derechos implícitos o no enumerados⁵³.

En materia de derechos implícitos hay dos vertientes diferenciadas en el constitucionalismo iberoamericano. Por un lado, están aquellas Constituciones

50 Para la evolución constitucional de los derechos humanos en Colombia anterior a la actual Constitución, puede verse, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Los Derechos Humanos*, Ed. Temis, Bogotá, 1980, pág. 211/236.

51 Corte Constitucional, sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992.

52 Néstor Pedro Sagüés, *Los derechos no enumerados en la constitución nacional*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, T. XIV-1985, Bs.As., 1986, pág. 103.

53 Gordillo expone de una manera muy interesante una forma de analizar jurídicamente ya no una Constitución sino un tratado --en el caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos-- para determinar la existencia o no de un derecho no enumerado --derecho a la salud y a la preservación del medio ambiente-- Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos. Doctrina, Casos y Materiales. Parte General*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs.As., 1992, pág. 67/97.

que establecen que los derechos reconocidos constitucionalmente no excluyen otros incluidos en normas internacionales. La otra vertiente la integran las Constituciones que señalan que el catálogo de derechos que figura en ellas y en los tratados no niegan a otros que son inherentes a la persona humana.

Un ejemplo del primer grupo lo constituye la Constitución Portuguesa al establecer que los derechos reconocidos en ella, no excluyen cualesquiera otros constantes en las leyes y las reglas aplicables del derecho internacional (art. 16.1).

La redacción amplia utilizada "reglas aplicables de derecho internacional" significa que contempla normas y principios de derecho internacional general o común, así como las provenientes de fuente convencional.

No debe olvidarse que a los efectos de la interpretación, la Constitución portuguesa se limitó a mencionar sólo a la Declaración Universal, recurriendo en materia de derechos no enumerados a una mayor amplitud.

La norma constitucional brasileña de 1988 estipula que los derechos y garantías en ella reconocidos no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados en que Brasil sea parte (art. 5.2).

En virtud de esta disposición y a diferencia del resto de los tratados, los referidos a la protección internacional de los derechos humanos, integran el catálogo de derechos constitucionales y son directa e inmediatamente exigibles en el plano interno⁵⁴.

Distintamente, de los tratados en general, en el caso de los tratados de protección de derechos humanos, no se requiere la intermediación del Poder Legislativo a través de una ley para otorgarle a sus disposiciones vigencia u obligatoriedad⁵⁵.

En el segundo grupo podemos incluir a la Constitución Colombiana que establece que la "enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben interpretarse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" (art. 94).

Las diferencias entre ambos grupos pueden graficarse de la siguiente manera:

54 Antônio Cançado Trindade, *La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, en *El Juez y la Defensa de la Democracia*, IIDH, San José, 1993, pag.240.

55 Antônio Cançado Trindade, *La interacción...*, ob. cit. pág. 240.

	Primer Grupo	Segundo Grupo
Catálogo de derechos	Sólo los reconocidos en la Constitución	Reconocidos en la Constitución y en los Tratados
Derechos no enumerados	Aquellos reconocidos en Normas Internacionales	Aquellos considerados como Derechos inherentes

III. CLÁUSULAS REGULADORAS DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Una técnica que algunas Constituciones utilizan es prever mecanismos especiales para la aprobación o denuncia de tratados de derechos humanos. Las Constituciones optan por dejar de lado, en esta materia, el modelo procedimental que en la mayor parte de los otros campos utiliza un órgano, normalmente el Congreso o Asamblea Legislativa. Por lo general, lo que hacen las normas constitucionales es exigir mayorías particulares cualificadas para habilitar a un órgano a producir determinado acto --en nuestro caso aprobar o denunciar tratados de derechos humanos--⁵⁶, distintas de lo que sucede con las normas de similares características --tratados en general--.

Esta metodología no es trivial, sino que implica una opción política y una revalorización de la protección de la persona humana. Ello porque los constituyentes entienden que para aprobar o denunciar tratados de derechos humanos no son suficientes mayorías simples sino que se requiere un amplio consenso entre los distintos grupos parlamentarios.

a) *Aprobación de tratados*

La nueva Constitución de Perú de 1993, modificó las disposiciones de su antecesora de 1978 que le otorgaban jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, estableciendo solamente, en un evidente retroceso⁵⁷, que los tratados que versen sobre Derechos Humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República⁵⁸. Requisito que no es exigido para el resto de los tratados.

⁵⁶ Alberto Predieri, *El Sistema...*, ob.cit., pág. 184/186.

⁵⁷ Domingo García Belaúnde, *La nueva Constitución del Perú, en Problemas actuales del Derecho Constitucional, Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 1994, pág. 143.

⁵⁸ Art. 56 de la Constitución de Perú de 1993. El artículo 57 exige para la denuncia de este tipo de tratados la aprobación previa del Congreso.

Los tratados y convenciones sobre derechos humanos que no tienen jerarquía constitucional en Argentina, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional⁵⁹.

El texto constitucional argentino ha diseñado en realidad, un mecanismo doble de mayorías calificadas, no para aprobar un tratado, sino para incorporarlo con rango constitucional⁶⁰.

b) *Denuncia de tratados*

En España no se limitó a ofrecer una pauta de interpretación sino que se avanzó aún más, al someter a los tratados de derechos humanos a un tratamiento especial. A diferencia de otros tratados, los artículos 96.2 y 94.1.c, sujetan la denuncia de los tratados sobre derechos y deberes fundamentales al requisito de la previa autorización o aprobación por parte del Poder Legislativo.

Perú ha seguido el paralelismo de competencias al exigir la previa aprobación del Congreso, para permitir la denuncia de los tratados de carácter humanitario, al igual que lo hizo para su ratificación (art. 57) y que no se requiere para la generalidad de las convenciones.

En el artículo 142, la Constitución paraguaya equiparó a su propia jerarquía, al menos en cuanto a estabilidad se refiere⁶¹, los tratados relativos a derechos humanos ya que éstos "no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda" de la Constitución⁶².

En Argentina sólo pueden ser denunciados, los tratados por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso de la Nación.

La relación entre esta disposición y la que otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos ha permitido sostener a un sector de la

59 Art. 75.22. Para un análisis exhaustivo de la nueva norma constitucional véase, Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. VI, Ediar, Bs.As., 1994.

60 Juan Carlos Hitters y otros, *Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos. Fundamentos de la Reforma de 1994*, Revista El Derecho, Tomo 159 págs. 1078/1079.

61 Todos los mecanismos que establecen mayorías especiales persiguen entre otras cosas, la estabilidad de la norma en cuestión. Este ha sido el fin explícito de quienes diseñaron constituciones rígidas --es decir que no pueden ser modificadas por el mismo procedimiento que las leyes ordinarias--. Vanossi, Jorge, *Teoría Constitucional*, T. I., Depalma, 1980, pág. 108.

62 Es decir que para la denuncia de los tratados relativos a derechos humanos debe seguirse el procedimiento estipulado en el artículo 290 que incluye además del requisito de mayorías absolutas en ambas Cámaras, la convocatoria a un referéndum.

doctrina argentina que aún siguiendo el procedimiento establecido para la denuncia, los tratados seguirían gozando de tal jerarquía aun cuando perdieran su obligatoriedad a nivel internacional⁶³.

IV. CLÁUSULAS DECLARATIVAS

Dentro de las técnicas constitucionales utilizadas, encontramos aquellas que recurren a normas-principios, es decir mandatos que pueden realizarse en diferente medida, dependiendo del caso. Ello porque refiriéndose a todos los ámbitos jurídicos no están precisamente determinados sino que aparecen como antecedentes que están abiertos en alcance e intensidad, orientados a la expansión y el desarrollo⁶⁴.

En este sentido, los derechos humanos a diferencia del criterio interpretativo deben utilizarse como método de concretización. La función de concretización conlleva la complementación, el llenado de algo fijado únicamente en la dirección o principio, que se mantiene abierto y que requiere de esta actividad ulterior para ser plenamente realizable⁶⁵; mientras que la interpretación implica indagación del contenido y del sentido de algo precedente que de este modo se completa y se diferencia en tanto se ve enriquecido su contenido⁶⁶.

Desde esta perspectiva, las cláusulas declarativas son mandatos con validez universal que trascienden la relación tradicional Estado-ciudadano transformándose en principios y garantías superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto.

a) *Preámbulos*

Hay Constituciones que sin llegar a establecer un tratamiento especial, de alguna forma también receptan esta nueva tendencia del constitucionalismo. Merecen destacarse aquellas Constituciones que en sus preámbulos incluyen

63 Ricardo Ramirez Calvo, *La Constitución Reformada y los Tratados Internacionales*, Rev. La Ley, 1995-B-777. Una interpretación así es muy suscitante, aunque dudamos que jurídicamente pueda sostenerse que un tratado denunciado pueda seguir siendo obligatorio internamente; más en Argentina donde la Constitución dice expresamente que los tratados tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75.22).

64 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pág. 126.

65 Böckenförde, *Escritos...*, *ob.cit.* pág. 127.

66 Obviamente esta descripción de la función interpretativa puede considerarse muy limitada y conservadora. La hemos utilizado con el único objetivo de contraponerla a la función de concretización. Para una visión integral de lo que debe ser la interpretación de los derechos humanos puede consultarse Bidart Campos, *La interpretación...*, *ob. cit.*

una declaración expresa relativa a la vertiente internacional de la protección de los derechos de la persona humana.

Por ejemplo, la Constitución Venezolana en su Preámbulo establece entre los propósitos de la República "el de cooperar con las demás naciones... en los fines de la comunidad internacional sobre la base de ... la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana..."⁶⁷.

El valor de una declaración de este tipo en el Preámbulo, no puede ser limitada a un simple decorativo introductorio, sino que debe tener contenido y valor normativo. Al establecer fines y objetivos del Estado, así como el techo ideológico de la Constitución, al menos debe ser una pauta interpretativa de todo el texto constitucional al que precede⁶⁸.

b) *Pautas relativas a la política exterior del Estado*

Diferentes Constituciones han optado por incluir en un artículo especial principios relativos a la conducción de su política exterior del Estado, y entre ellos referencias expresas a los derechos humanos. Muchos de los principios que reconocen, constituyen normas imperativas del derecho internacional que rigen sin necesidad que el Estado las acepte expresamente. Su recepción en la Constitución implica, al menos, hacerlos exigibles de manera directa internamente.

No pueden considerarse que dichas declaraciones sean meras enunciaciones. Representan directrices de política, decisiones fundamentales que deben determinar el actuar del Estado en sus relaciones internacionales⁶⁹.

La Constitución guatemalteca establece que en materia de política exterior, Guatemala normará sus relaciones con otros Estados "de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir ... al respeto y defensa de los derechos humanos" (art. 149).

En un sentido similar, la Constitución brasileña de 1988 proclama que el Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (art. 4.II).

67 En Venezuela el Proyecto de Reforma Constitucional presentado en 1992 propuso como artículo 16 que los "derechos y garantías establecidos por los tratados, acuerdos, convenciones, pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, tendrán aplicación preferente sobre cualquier disposición legal o reglamentaria del orden jurídico interno".

68 Véase, Vanossi, Jorge Reinaldo, *Preámbulo de las Constituciones*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Bs.As., 1964, XXII, pág. 729.

69 Ricardo Méndez Silva, *Bases Constitucionales de la Política Exterior*, en *Problemas actuales...*, ob. cit., pág. 259 y 262/263.

La misma sentencia sigue la reciente Constitución del Paraguay, que advierte que la "República admite los principios del derecho internacional ... y proclama el respeto de los derechos humanos"⁷⁰.

c) *Pautas de actuación para órganos estatales*

Seguendo con las Constituciones que contienen cláusulas declarativas, se deben incluir a aquellas que establecen deberes especiales en materia de derechos humanos para todos los órganos del Estado o para alguno determinado⁷¹.

Estas cláusulas contienen verdaderos mandatos constitucionales de actuación para los órganos estatales. Prevén deberes jurídicos-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales tanto en el ámbito de la legislación, como en el de la administración⁷².

Cláusulas de este tipo, no dejan espacio para no hacer nada, o para hacerlo de cualquier manera, o para dilatar los tiempos de su concretización con absoluta discrecionalidad. No implican simples consejos, sino que proyectan un plan o programa de cumplimiento obligatorio aún cuando dejan el margen de apreciación a los órganos a quienes se dirige para la opción de las políticas coyunturales concretas⁷³.

Las modificaciones introducidas a la Constitución chilena en 1989 al artículo 5 (II) disponen que: "es deber de los órganos del Estado, promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En virtud de este artículo, los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y por los tratados se complementan unos a los otros de dos maneras. En el "sentido de una protección máxima de los derechos fundamentales, debiendo aplicarse el principio de la preeminencia de las garantías más favorables. Adicionalmente reconocen la aplicación directa, en el orden

70 Constitución de Paraguay de 1993, artículo 9. En el mismo sentido debe señalarse que en México, en 1988 se reformó la fracción X del artículo 89 de la Constitución, incluyéndose las bases constitucionales de la política exterior mexicana. Lamentablemente no se aceptaron las propuestas de incluir en ella el respeto a los derechos humanos. Méndez Silva, *Bases Constitucionales* ..., ob. cit. pág. 266 y sigs.

71 En realidad, todas las normas citadas contienen deberes para los órganos del Estado. En este punto, nos referimos sólo cuando la Constitución de manera expresa hace mención de obligaciones específicas relativas a las normas internacionales de derechos humanos.

72 Böckenförde, *Escritos*..., ob. cit. pág. 81.

73 Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs.As., 1995, pág. 164.

jurídico interno de todas las reglas de derecho internacional que se presten por su espíritu, por su economía o por sus términos a tal aplicación"⁷⁴.

Ya la jurisprudencia ha hecho aplicación de tal cláusula, sosteniendo que los derechos que emanan de los tratados constituyen derechos constitucionales implícitos⁷⁵. El mismo tribunal agregó que el objetivo de la norma citada es reforzar la garantía de los derechos y establecer objetivamente el plexo fundamental de derechos asegurados así como elevar de jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos⁷⁶.

El artículo 75 inciso 24 de la Constitución Argentina establece una obligación adicional para el Congreso ya que debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

El Congreso argentino de este modo tiene una obligación activa de promover medidas que transformen en verdaderamente operativos entre otros a los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos.

Una pauta concreta en materia de celebración o ratificación de tratados o para el otorgamiento de concesiones mediante contratos con Gobiernos o empresas internacionales, se encuentra en el artículo 146 de la Constitución salvadoreña. En virtud de tal disposición, ninguna autoridad puede concluir tratados ni otorgar concesiones que lesionen o menoscaben los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

En Colombia, en los estados de excepción, no podrán suspenderse los derechos humanos, ni las libertades fundamentales (art. 214.2). Este artículo debe leerse en conjunto con el artículo 93 que establece que los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento interno.

74 Humberto Nogueira Alcalá, *El Sistema Constitucional Chileno, en Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dikynson, 1992, pág. 292.

75 Resolución del 22 de setiembre de 1994 de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando Décimo f). En dicha causa se investiga el secuestro y asesinato de Lumi Videla Moya, opositora del régimen de Pinochet, ocurrido el día 3 de noviembre de 1974, cometido por agentes de la DINA.

76 Resolución de 30 de setiembre de 1994, considerando Séptimo b). En dicha causa se investiga el paradero de los detenidos-desaparecidos Bárbara Uribe Tamblay y Edwin Vam Yurik. Al igual que en el caso anterior los fundamentos principales se refirieron a los Convenios de Ginebra.

Adicionalmente el mismo artículo 214.2 estipula que durante los estados de excepción se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario⁷⁷.

d) *Relativas a procesos de integración*

Los procesos de integración y la transferencia de competencia en órganos transnacionales⁷⁸, también ha tenido impacto en el derecho constitucional. El problema del respeto de los derechos humanos en tales procesos, es un tema bastante discutido en Europa. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, ha señalado desde hace tiempo, las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos humanos. En 1969, ya indicaba que este proceso de integración no podía amenazar los derechos fundamentales de la persona que se encuentran recogidos en los principios generales del derecho comunitario⁷⁹.

Posteriormente el Tribunal comunitario europeo avanzaría aún más al sentar que el aseguramiento de tales derechos debía basarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en "las convenciones internacionales para la protección de los derechos del hombre"⁸⁰.

Indudablemente, la consolidación de los procesos de integración en América Latina y la práctica europea han sido tenidos en cuenta por los constituyentes que en los desarrollos recientes hacen referencias específicas a los límites y relaciones entre integración y derechos humanos.

Paraguay admite la existencia de un orden jurídico supranacional siempre y cuando, entre otras condiciones, se garantice la vigencia de los derechos humanos (art. 143).

Los tratados de integración, que suscriba Argentina, que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales deben respetar el orden democrático y los derechos humanos (art. 75 inciso 24).

77 Las relaciones entre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos ha sido reiteradamente estudiada. Ver Antônio Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario. Aproximaciones y convergencias en Memoria Coloquio Internacional 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, ACNUR-IIDH, San José, 1995, pág. 77.

78 Casesse, *Modern Constitutions ...*, *ob.cit.*, pág. 413.

79 *Caso Stauder v. Ciudad de Ulm*, del 9 de noviembre de 1969. Véase, Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Bs.As., 1991, T. I, pág. 39 y 259.

80 *Caso 4/73 Nold c. Comisión*, del 14 de mayo de 1974. Un año después, en el *Caso 36/75 Rutili*, mencionaría por primera vez al Convenio Europeo. Véase Van Dijk y Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, donde se analizan las futuras relaciones entre el Convenio Europeo y las Comunidades, pág. 479/486.

Esta redacción establece una limitación de orden sustancial a los tratados de integración, al transformar a las convenciones sobre derechos humanos en un marco infranqueable para tal proceso integrativo⁸¹.

El Salvador propicia la reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica con plena garantía de respeto de los derechos individuales y sociales de sus habitantes (artículo 89, 2º párrafo).

V. CLÁUSULAS JERÁRQUICAS

Ante la pluralidad de fuentes normativas existentes, los ordenamientos jurídicos deben establecer alguna jerarquía entre las mismas. Por lo general, como se explicó, el principio jerárquico prescinde del contenido de la fuente para otorgarle alguna ubicación en la escala normativa. Esta situación paulatinamente se ve modificada en algunos campos, entre ellos en el de la protección de la persona humana.

En efecto, ha dejado de ser una excepción la circunstancia que a los tratados de derechos humanos se les otorgue una determinada jerarquía, distinta y superior del resto de las normas de origen internacional, en el Estado en cuestión.

Las formas en que tal operación se realiza son variadas, aun cuando todas coinciden en el objetivo de darle un lugar preeminente al derecho internacional de los derechos humanos o a un sector del mismo.

a) Constitucional

1. Tratados y Declaraciones

La primer categoría está constituida por aquellas Constituciones que equiparan a su propio rango a los tratados de derechos humanos. La redacción que tales Constituciones utilizan permite sostener que dichos instrumentos internacionales no forman parte del texto constitucional. Se encuentran incorporados al derecho interno de cada país con la misma jerarquía que la Constitución pero

81 Juan Antonio Travieso, *La reforma constitucional argentina de 1994 (Relaciones entre Derecho Internacional, Derecho Interno y Derechos Humanos)*, Rev. La Ley 1994-E-1327. Hay autores que han considerado innecesario este párrafo, en tanto los tratados de derechos humanos ya integraban el derecho público argentino que ningún tratado podría violentar según lo establece el artículo 27 de la Constitución que no fue modificado (Carlos Coláutti, *Los Tratados Internacionales y la Reforma de la Constitución*, Rev. La Ley 1994-D-1149). Para nosotros tienen el valor de reafirmar la importancia de los derechos humanos en el texto constitucional y la vinculación obligatoria para los órganos del Estado en todas sus acciones.

sin integrarla. Constituyen el bloque de constitucionalidad, es decir el conjunto de disposiciones que incluyen a la Constitución y al resto de las normas con su mismo rango⁸².

Las Constituciones que elevan a la jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos pueden ser agrupadas entre aquellas que elevan a tal jerarquía a todos los tratados relativos a tal materia y aquellas que solo lo hacen con algunos tratados en particular.

Dentro del primer supuesto puede ubicarse a la Constitución Peruana de 1978, pionera en Latinoamérica del camino de regular diferenciadamente a los tratados de carácter humanitario⁸³. En su artículo 105 determinaba que los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional, y no podían ser modificados sino por el procedimiento previsto para la reforma constitucional⁸⁴.

La Constitución agregaba además, en su artículo 305 el derecho a recurrir a tribunales y organismos internacionales una vez agotada la jurisdicción interna⁸⁵ y por la Disposición General y Transitoria #16 se ratificó constitucionalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoció la competencia de la Comisión y Corte Interamericanas⁸⁶.

La Constitución ecuatoriana estipula que el Estado garantiza "el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes" (art. 44).

Se destaca en la redacción ecuatoriana la amplitud de normas de origen internacional que menciona, no limitándose únicamente a los tratados. Por otro lado, el enunciado implica que los derechos con fuente en disposiciones

#2 Bidart Campos, *Tratado Elemental...*, ob.cit., T. VI, págs. 233, 249 y 555.

#3 La inclusión de una Constitución hoy derogada, es tan sólo por la influencia decisiva que en este punto ejercería sobre el desarrollo reciente del constitucionalismo latinoamericano.

#4 Miguel de la Lama Eggerstadt, *La Constitución Política de 1979 y los Tratados*, en Eguiguren Praeli, Francisco, *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, 1987, pág. 485.

#5 La misma disposición actualmente se encuentra en el artículo 205 de la Constitución reformada en 1993.

#6 Además debe tenerse en cuenta los artículos 39 a 41 de la ley 23.506 de Hábeas Corpus y amparo relativos al derecho de petición a organismos internacionales y la obligación de garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos en el orden interno. Diego García Sayán, *Constitución Peruana y Política Exterior*, en Enrique Bernaldes y otros *La Constitución Diez Años Después*, Lima, Fundación Friedrich

internacionales gozan de una jerarquía especial, aún cuando puede discutirse si se hallan debajo de la Constitución⁸⁷.

La norma citada ha sido considerada como un modo constitucional de asegurar el cumplimiento de estos instrumentos internacionales, de manera expresa y como una regla general para el Estado⁸⁸.

En el segundo grupo, se encuentra la nueva Constitución argentina reformada en 1994 que no ha permanecido ajena a este proceso. En el artículo 75 inciso 22 estipula que diversos instrumentos internacionales que enumera⁸⁹ en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional. Otros tratados fuera de los mencionados pueden adquirir jerarquía constitucional siguiendo un trámite especial (art. 75 inc. 22).

La Constitución agrega que tales tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos o garantías por ella reconocidos⁹⁰.

El debate que estas disposiciones han generado en Argentina, es enorme. Entre otros puntos se discute si tales tratados integran el texto constitucional, cuáles son las consecuencias de tal jerarquía, que valor tiene la expresión "no derogan", que relación guarda con la parte orgánica de la Constitución, si se modificó el concepto de supremacía constitucional, si fue alterado el mecanismo para su reforma, etc.⁹¹

87 Ello en virtud de la "Supremacía de la Constitución" establecida en el artículo 140, aún sobre los tratados internacionales. Para Quiroga Lavié, la redacción del artículo 44, implica una ratificación general con rango constitucional. De tal manera, los tratados sólo pueden ser denunciados por el procedimiento de reforma constitucional. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional...*, ob. cit. pág. 75.

88 Salgado, Hernán, *El Sistema Constitucional Ecuatoriano, en Los sistemas ...*, ob. cit., pág. 340.

89 Ellos son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Resulta difícil encontrar una referencia en los debates, sobre las consideraciones que se han seguido para conferir jerarquía constitucional. Se ha señalado que ha primado un criterio puramente circunstancial, o tal vez político. Ernesto Rey Caro, *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional, Estudios de Derecho Internacional*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1995, pág. 47/48.

90 Esta limitación en la redacción constitucional es contraria al principio básico del derecho de los derechos humanos de la operatividad de la cláusula más favorable a la protección de la persona humana, no importando si es de origen nacional o internacional. Ariel E. Dulitzky, *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución Argentina*, Revista El Derecho, 11 de julio de 1995, pág. 10/12.

91 Todos estos temas están ampliamente tratados en Bidart Campos, *Tratado Elemental...*, ob. cit.

2. Derechos consagrados en tratados

Una técnica parcialmente distinta de la anterior, consiste en otorgarle jerarquía constitucional, no ya a la totalidad del texto de los tratados de derechos humanos, sino al catálogo de derecho que los mismos contienen.

La Constitución de Nicaragua de 1987 en su artículo 46 integra para fines de su protección en la enumeración constitucional de derechos, los consagrados en la "Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en los dos Pactos de Naciones Unidas (de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

La solución nicaragüense en lugar de otorgar una jerarquía normativa especial a los tratados de derechos humanos ratificados, lo que hace es asignar jerarquía constitucional a los derechos consagrados en los instrumentos que enumera⁹².

Una crítica a la Constitución de Nicaragua, que también se puede hacer extensiva a la argentina, es que la enumeración expresa de instrumentos puede quedar desactualizada y generar problemas interpretativos sobre exclusiones o no inclusiones expresas⁹³.

3. Protección constitucional

Las Constituciones suelen contener medios de protección para los derechos que ellas consagran. En América Latina predominan dos instituciones: el *habeas corpus* para tutelar la libertad física y el amparo para el resto de los derechos⁹⁴.

Algunas Constituciones reformadas han avanzado aún más, al disponer la procedencia del amparo para la tutela de los derechos reconocidos en tratados internacionales. Asignar el mismo medio de garantía --el amparo-- a los derechos constitucionales y a los reconocidos en normas internacionales, implica equipararlos jerárquicamente de manera implícita.

92 Héctor Gros Espiell, *Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno*, en Raúl Emilio Vinuesa compilador *Temas de Derecho Internacional. Estudios en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*, Bs.As., 1990, pág. 65.

93 Carlos Ayala, *El Derecho de los Derechos Humanos...*, *ob.cit.*, pág. 767.

94 Hector Fix Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos en las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid, 1982, pág. 97-136.

Costa Rica, en la reforma introducida a su Constitución en 1989, reconoce el derecho de toda persona al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los "derechos... de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República (art. 48).

En virtud de este artículo, la Sala IV de la Corte Suprema de Justicia -- la sala constitucional-- ha establecido que los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica tienen valor similar a la Constitución y aún superior a ella si otorgan mayores derechos o garantías⁹⁵.

Un reconocimiento de la jerarquización de los tratados internacionales en Costa Rica, lo da la Ley de Jurisdicción Constitucional. En efecto, en su artículo 73, tales tratados son parámetro del juicio de constitucionalidad respecto de las leyes y reglamentos. Esto significa que en Costa Rica, los derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales cuentan con una tutela judicial específica⁹⁶.

La Constitución argentina además de las importantes disposiciones sobre jerarquía constitucional contiene algunas adicionales que también tienen relación directa con los tratados internacionales de derechos humanos. Siguiendo el modelo costarricense, la Constitución garantiza la acción de amparo para la tutela de derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratados y leyes (art. 43).

4. Derechos en particular

Una alternativa interesante la constituyen aquellas Constituciones que al regular algún derecho en particular, se refieren a las normas internacionales. De este modo, y para ese derecho específico, la fuente internacional adquiere jerarquía constitucional.

95 Sentencia N°3435-92 y su aclaración N° 5759-93-- . Puede verse un resumen de la jurisprudencia costarricense hasta 1991, en G. Trejos, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica*, I Revista de Derecho Constitucional 65 (1991). Con posterioridad la Sala IV ha hecho innumerables aplicaciones del derecho internacional de los derechos humanos, entre otras pueden citarse el voto N° 1786-93 relativo al derecho de nacionalidad de los Guaymiles --tribu nómada indígena que vive entre Costa Rica y Panamá-- con aplicación del Convenio N° 169 de la OIT; voto N° 2313-95 relativo a la colegiación obligatoria de periodistas y en la que se resuelve la obligatoriedad del acatamiento de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; voto N° 3435-92 sobre el derecho del varón a la nacionalidad privilegiada con referencias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.

96 Hernández Valle, Rubén, *El Sistema Constitucional Costarricense, en Los Sistemas ...*, ob.cit., pág. 222.

Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana garantiza el derecho de asilo para nacionales (art. 43) y extranjeros (art. 17) de conformidad con la ley y "los convenios internacionales". Esto implica que la garantía constitucional a este derecho se halla sujeta a las condiciones fijadas por normas internacionales⁹⁷.

También El Salvador concede el derecho de asilo a extranjeros con excepción de los casos previstos por las leyes y el Derecho Internacional (art. 28).

La Constitución Hondureña establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (artículo 119, 2º párrafo). Esto significa que en materia de protección de la infancia, todos los tratados internacionales gozan de jerarquía constitucional⁹⁸.

b) *Sobre el Derecho Interno*

En este grupo se ubican las disposiciones constitucionales que colocan a las normas internacionales por sobre el resto del ordenamiento jurídico interno, no habiendo acuerdo si se hallan por encima, en igual nivel o por debajo de la Constitución.

Una interpretación *pro homine* con mayor compatibilidad con la especificidad y el objeto y fin de las convenciones de derechos humanos, debería ubicar a tales tratados en una escala jerárquica, como mínimo, equivalente a la Constitución.

En 1985, la Constitución guatemalteca estableció en su artículo 46 que los tratados de derechos humanos ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Mientras la Constitución Peruana de 1978 le atribuía jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, la guatemalteca le otorga preeminencia sobre el derecho interno.

97 Véase Silvia Izquierdo, *Asilo Territorial o Refugio Político*, Ed. Trilce/IELSUR, Montevideo, 1989 y Héctor Gros Espiell, *El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *Estudios*, ob. cit. pág. 251/282 y del mismo autor *El asilo en América Latina. Aspectos jurídicos internos e internacionales*, en *Derechos Humanos y Vida Internacional*, UNAM-CNDH, México, 1995, pág. 291/307.

98 El resto de los tratados prevalecen sobre la ley (art. 18) y si afectan disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el procedimiento de reforma constitucional (art. 17). La inclusión del artículo 119 en esta sección se debe a que se refiere a un grupo determinado --los niños--, aunque como es un conjunto de derechos podría ubicarse en las secciones anteriores. Puede considerarse que es un reconocimiento de jerarquía constitucional para una porción de las normas internacionales --las relativas a los menores--.

Debido a que los tratados están sometidos a control de constitucionalidad⁹⁹, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial a este artículo¹⁰⁰, ha sostenido que los mismos no se encuentran por sobre la Constitución, pero sí tienen jerarquía superior a las leyes y al resto del ordenamiento¹⁰¹. Los tratados de derechos humanos ingresan al ordenamiento jurídico guatemalteco con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformadora o derogatoria¹⁰².

La Constitución Política de Colombia de 1991, tomó en este punto como modelo a la de Guatemala (art. 46) y en su artículo 93, y de manera casi idéntica, determina que los tratados de derechos humanos ratificados prevalecen en el orden interno.

A pesar de una redacción similar, la interpretación de este artículo, es totalmente divergente del caso guatemalteco. En Colombia se sostiene que en virtud del artículo 93, los instrumentos internacionales adquieren rango constitucional, creándose la nueva categoría de leyes constitucionales aprobatorias de tratados de derechos humanos¹⁰³.

El rango especial significa que los tratados de derechos humanos prevalecen en todos los casos sobre las leyes e incluso sobre la propia norma fundamental si ella se opone al *ius gentium*¹⁰⁴.

En resumen, las distintas técnicas estudiadas pueden ser agrupadas para su mejor comprensión en el siguiente cuadro:

99 El artículo 272, inciso e de la Constitución atribuye a la Corte de Constitucionalidad la competencia de "emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados".

100 Jorge Mario García Laguardia, *Política y Constitución en Guatemala. La Constitución de 1985*, Guatemala 1993, pág. 59.

101 Héctor Gross Espiell, *Los Tratados de Derechos Humanos y el Derecho Interno*, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, IIDH-Civitas, 1988, pág. 315.

102 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Sentencia de 19 de octubre de 1990, Expediente 280-90, considerando VIII.

103 Hernando Valencia Villa, *Los Derechos Humanos en la Constitución del 91*, en *La Constitución de 1991: Un pacto político viable?*, John Dugas Compilador, Departamento de Ciencia Política, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993, pág. 217.

104 Valencia Villa, *Los Derechos...*, *ob.cit.*, pág. 217.

Cláusulas	Relativas a	Subgrupos	Constituciones
Interpretativas			Colombia 93
			España 10.2
			Perú Disp.Final 4
			Portugal 16.2
Reconocedoras de Derechos implícitos		Derechos constitucionales	Brasil 5.2
			Portugal 16.1
		Constitución y tratados	Colombia 93
Reguladoras de Procedimientos especiales	Aprobación de tratados		Argentina 75.22 Perú 56
	Denuncia de tratados		Argentina 75.22 España 94.1 96.2 Paraguay 142 Perú 57
Declarativas	Preámbulos		Venezuela
	Política exterior		Brasil 4.II Guatemala 149 Paraguay 9
	Pautas de actuación para órganos estatales		Argentina 75.23 Chile 5.II El Salvador 146
	Procesos de integración		Argentina 75.24 El Salvador 89 Paraguay 143
Jerárquicas	Constitucional	Tratados y Declaraciones	Argentina 75.22 Ecuador 44 Perú (1978) 105
		Derechos reconocidos en tratados	Nicaragua 46
		Protección constitucional	Argentina 43 Costa Rica 48
		Derechos en particular	Ecuador 17 y 43 El Salvador 28 Honduras 11
	Sobre Derecho Interno		Colombia 93 Guatemala 46

IIDH]

alidad⁹⁹,
ostenido
í tienen
tados de
carácter
02.

to como
idéntica,
en en el

ículo, es
e que en
go cons-
obatorias

prevale-
na funda-

is para su

competencia

ión de 1985,

studios sobre

liente 280-90,

onstitución de
Universidad

IV. Repercusión de esta tendencia en el derecho interno y el rol de los Tribunales Nacionales

El proceso de apertura constitucional¹⁰⁵ con el especial tratamiento dispensado a las convenciones de derechos humanos debe influir en el resto del ordenamiento jurídico y no quedar como un simple enunciado normativo, vacío de todo contenido en la realidad.

Adicionalmente, la incorporación de las normas internacionales de derechos humanos al derecho interno no está destinada solamente a influir en la parte dogmática de la Constitución sino que necesariamente implica condicionar la forma de ejercicio de todo el poder público¹⁰⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara al establecer que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en una convención internacional,

implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁰⁷.

La mención constitucional de las normas de los tratados de derechos humanos obliga constitucionalmente a reconocer su influencia sobre todas las esferas del accionar estatal. Todas las disposiciones constitucionales deben ser leídas a la luz de los tratados de derechos humanos. Las atribuciones del Legislativo deben cumplirse de conformidad con tales tratados. Los tribunales deben regirse por procedimientos que aseguren el debido proceso garantizado en múltiples convenciones y aplicar en sus decisiones los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Todos los funcionarios del Poder Ejecutivo deben actuar de un modo acorde a las obligaciones asumidas por el estado en este aspecto.

Para el derecho internacional es fundamental el papel que asuman los órganos estatales en su implementación, ya que muchas de sus disposiciones

105 Carlos Ayala, *El Derecho Internacional Público en el Constitucionalismo Moderno. Primacía de los Tratados de Derechos Humanos, en Coloquio Internacional sobre Bases Comparativas para una Reforma Constitucional*, Asunción, Paraguay, 1992, pág. 131.

106 Este es un tema que en el continente europeo es uniformemente aceptado. Puede verse el trabajo de Jörg Polakiewicz y Valérie Jacob-Foltzer, *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, 12 Human Rights Law Journal 65 y 125, donde se analiza la influencia de la Convención Europea en 17 Estados partes en la legislación y la jurisprudencia en múltiples ámbitos.

107 *Caso Velásquez Rodríguez*, sent. cit. párr. 166. El énfasis nos pertenece.

sólo son operativas si los estados integrantes de la comunidad internacional ponen en funcionamiento su sistema legal interno¹⁰⁸. Si esto es cierto con el derecho internacional en general, lo es especialmente en materia de protección de los derechos humanos, donde los tratados no sólo significan ampliar el catálogo interno de derechos y garantías. Implica para el estado obligaciones concretas acerca del modo en que se ejercen todas las atribuciones del poder.

La recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos trae aparejada que las violaciones al mismo conlleve paralelamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de tal violación y la responsabilidad internacional del estado.

Esta situación adquiere particular relevancia en los casos de los tratados que crean mecanismos de supervisión y control. Todos estos procedimientos suelen exigir como requisito previo a su puesta en funcionamiento, el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna¹⁰⁹. De modo que, prácticamente en todos los casos de denuncias internacionales por violación a los tratados de derechos humanos, existirá implicado algún tribunal nacional que ha fallado en la obligación de garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos.

Si a ello se auna el hecho que diversos tratados de derechos humanos garantizan a toda persona el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales¹¹⁰

Este derecho a un recurso judicial requiere de los estados, proveer un remedio judicial "idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla". Implica "la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales".¹¹¹ La obligación de proveer protección judicial no se satisface simplemente con la existencia normativa de tribunales, sino que los Estados deben tomar medidas

108 Cassese, *Modern Constitutions...*, ob.cit. pág. 341.

109 Art. 46.1.a. de la Convención Americana, art. 41.1.c. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.1.b. de su Protocolo Adicional, etc.

110 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 25, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 2.c; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, etc.

111 Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-9/87, "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia", párrafo 24 y 23 respectivamente.

concretas para asegurar la vigencia efectiva de este derecho.¹¹² Con estos antecedentes, el rol fundamental que los tribunales nacionales tienen en la aplicación de los tratados de derechos humanos, queda plenamente comprobado.

Los órganos jurisdiccionales, deben asegurar pues la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Esto significa que el Poder Judicial tiene una función capital en la aplicación de los tratados de derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta la subsidiariedad de los mecanismos de protección internacional¹¹³.

Los Poderes Judiciales iberoamericanos que se ven enfrentados cotidianamente a casos que involucran cuestiones de derechos humanos, generalmente se refieren de manera primaria a las Constituciones, leyes, decretos, reglamentos, jurisprudencia nacional como reglas primordiales de sus decisiones¹¹⁴. Sin embargo, los tribunales cada vez con mayor énfasis deberían tomar en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos para la decisión de sus casos¹¹⁵. La recepción constitucional de estos tratados debe servir de sustento para que los jueces se sientan doblemente obligados a aplicarlos.

El rol de los abogados en este proceso es esencial. Son ellos quienes deben utilizar en sus alegaciones los instrumentos de derechos humanos y exigir a los tribunales que en su práctica cotidiana los apliquen, teniendo en cuenta la ubicación jerárquica dentro del respectivo ordenamiento jurídico¹¹⁶.

112. Corte Interamericana, *caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

113. Cançado Trindade Antonio, *La interacción...*, ob. cit., págs. 242 y 246. La subsidiariedad solo se refiere a los mecanismos de protección, pero en modo alguno implica que las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos no sean plenamente exigibles a nivel interno. Lo que la subsidiariedad significa es que solo en defecto o ausencia de la protección interna, entrarán en funcionamiento los mecanismos internacionales de protección. Pero por ser subsidiario, el derecho internacional de los derechos humanos "ha venido en auxilio y colaboración del derecho interno, a darle una nueva cobertura para la tutela de los derechos y una nueva instancia ante la cual hacerlos valer cuando internamente un estado los desconoce o los vulnera". Daniel Herrendorf y Germán Bidart Campos, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ediar, 1991, pág. 262.

114. Merecen destacarse entre otros, la Sala IV de la Corte Suprema de Costa Rica, el Tribunal Constitucional Español, Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema de Justicia de Argentina, que en varias oportunidades se han referido a normas internacionales de derechos humanos o a la jurisprudencia de organismos de control.

115. Lillich, Richard *The Role of Domestic Courts in Enforcing International Human Rights Law, en Guide to International Human Rights Practice*, editado por Hurst Hannum, University of Pennsylvania Press, pág. 228.

116. Miguel Carrillo Bascary, *Los Pactos sobre Derechos Humanos. Reflexión sobre su utilidad para el Ejercicio Profesional*, Revista Zeus Tomo 43 pág. 3. Rosario, Argentina.

V. La relevancia del reconocimiento constitucional de los tratados de derechos humanos

La dolorosa realidad en nuestros países en materia de vigencia de los derechos humanos¹¹⁷ puede ameritar la crítica de que pecamos de ingenuos o formalistas al analizar tan sólo las Constituciones y el status de los tratados de derechos humanos. La primera respuesta tentativa puede ser la del cantante argentino que sostiene que "siempre fui un tonto que creyó en la legalidad"¹¹⁸.

Aún cuando el análisis principal se concentró en el estudio de textos constitucionales, parte de la premisa que la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un sistema legal formal¹¹⁹ dirigido a hacer posible su cumplimiento,

sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹²⁰.

Si bien es cierto que para la garantía efectiva de los derechos no es suficiente que una Constitución se ocupe de manera específica de los tratados de derechos humanos, tampoco tal hecho es irrelevante.

Desde una perspectiva meramente jurídica la importancia de un reconocimiento constitucional de los derechos humanos deviene del papel central que una Constitución ocupa en el ordenamiento jurídico como fundamento de validez y estructura básica institucional. Una Constitución no es un mero papel escrito como señalaba Lasalle¹²¹ sino que es una norma jurídica con pleno valor y que debe ser aplicada concretamente¹²².

117 Véase por ejemplo, *Human Rights Watch World Report 1995*, 1994, págs. 65/123.

118 Charly García, *El Fantasma de Canterville*. Obviamente, aparte del formalismo jurídico por sólo estudiar constituciones, se debe señalar además que todo el proceso de internacionalización de los derechos del hombre, va acompañado por un criterio pragmático en cuanto a las relaciones internacionales y la tutela de los derechos humanos. Basta observar como las potencias prestan ayuda --incluida la militar-- a países donde se cometen graves violaciones a los derechos humanos y reaccionan de manera diferente ante tales atrocidades dependiendo de la ideología de quién comete tales hechos y de los intereses económicos que se tengan. Chomski, Noam, *Year 501 The conqueror continues*, South End Press, 1993, pág. 119/121.

119 Juan Mendez y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience*, 13 *Hamline Law Review* 507 (1990).

120 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 167.

121 Ferdinand Lasalle, *Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Bs.As., 1987, pág. 48.

122 Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991; Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución...*, *ob.cit.*

En un estado democrático es esencial que la Constitución como norma jurídica fundamental sea el ápice axial, obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político y que además vincule tanto a la totalidad de los órganos de poder como a los particulares¹²³.

En realidad los conceptos de democracia y Constitución no son unívocos, existiendo un pluralidad de definiciones. Lo esencial es hallar una definición de democracia consustanciada con los derechos humanos¹²⁴. A partir de allí, lo sustancial es desarrollar mecanismos constitucionales que favorezcan la consolidación de tal concepción democrática¹²⁵.

De este modo, ubicar en el vértice del ordenamiento jurídico a los tratados de derechos humanos significa otorgarle el valor de uno de los principios fundantes del sistema institucional que la Constitución organiza y del concepto democrático que la misma sustenta.

Desde un punto de vista filosófico, puede señalarse que los operadores del derecho --jueces y legisladores-- sólo pueden dictar decisiones moralmente justificadas que sean efectivas si lo hacen en el marco de una Constitución existosa, cuya preservación y eventual perfeccionamiento requieren que se la considere como un dato moral básico¹²⁶.

Las sociedades toman de un modo u otro en cuenta a la Constitución como base a partir de la cual la sociedad se organiza y sus derechos como personas resultan protegidos. Es particularmente relevante la circunstancia que aún teniendo un conocimiento vago de la Constitución la sociedad la toma en cuenta con la certeza de que a partir de ella sus derechos se encuentran amparados¹²⁷.

Los fundamentos jurídicos y iusfilosóficos que explican la centralidad de una Constitución en cualquier estructura estatal y la fuerza normativa y legitimante implícita en ella, señalan por sí mismos la importancia que la internacionalización de los derechos humanos vaya abriéndose paso en las Constituciones modernas.

123 Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución...*, ob. cit., pág. 20.

124 Antônio Cançado Trindade, *Democracia y Derechos Humanos: El regimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho*, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia Editor, San José, 1994, pág. 515.

125 Cass Sunstein, *Constitutions and Democracies: an epilogue*, en *Constitutionalism and Democracy*, Edited by Jon Elster y Rune Slagstad, Cambridge University Press, 1993, pág.353.

126 Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs.As., 1992, pág.14/34 y 44/76.

127 Roberto Gargarella, *Constitución y Principios Democráticos. Acerca de la irrelevancia moral de la Constitución* Revista Lecciones y Ensayos N°55, Bs.As., 1991, pág. 93.

Las referencias a las normas internacionales de derechos humanos no es meramente decorativa sino que implican verdaderos mandatos constitucionales para toda la comunidad, no sólo para el Estado.

En tal sentido, estas normas, verdaderos mandatos constitucionales, tienen diversos efectos. En primer lugar, implican que los órganos políticos no son totalmente libres en la elección de fines y objetivos de sus actuaciones, sino que están vinculados por el mandato constitucional en materia de derechos humanos. Pero además implican una garantía frente a la supresión, reducción o desatención de los principios que emanan de los tratados de derechos humanos. Adicionalmente, y como ya hemos señalado, tienen un efecto estimulante en cuanto puede insertarse en la discusión política como punto de referencia y como legitimación para la exigencia de su realización¹²⁸.

Desde esta perspectiva es positivo que las conquistas del derecho internacional en favor de la protección del ser humano se reflejen en los nuevos textos constitucionales iberoamericanos, enriqueciéndolos. La realidad demuestra que la búsqueda de mecanismos de tutela cada vez más eficaces es un objetivo compartido por un amplio sector de la sociedad de nuestros países.

VI. Conclusión

La recepción constitucional del derecho de los derechos humanos es un desafío para la sociedad en su conjunto. Otorgarle un rango tan importante como las Constituciones iberoamericanas hacen, no significa que las violaciones a los derechos humanos se han acabado o que a partir de su incorporación constitucional el estado ya no tiene ninguna obligación que cumplir en esta materia.

Herman Heller decía que una Constitución es un programa, un proyecto que el constituyente le ofrece a la sociedad¹²⁹. Esta oferta que los constituyentes iberoamericanos están realizando a sus países debe ser aceptada con todo lo que ella implica, en especial para quienes detentan el poder. Las normas constitucionales deben traducirse en el comienzo de una nueva etapa en materia de vigencia y respeto a los derechos humanos.

Aún sigue siendo cierto que el principal tópico en la materia, al igual que en otros ámbitos, es la implementación de todo el stock de normas internaciona-

128 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre ...*, ob.cit., pág.80/81.

129 Herman Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 237.

les existentes, y en conexión íntima con ello, la reducción de las divergencias entre los compromisos internacionales y la actuación doméstica del Estado¹³⁰.

La recepción constitucional de los tratados de derechos humanos debe ayudar a superar estas dificultades. El status constitucional o cuasi-constitucional de tales tratados debería servir para forzar a los operadores jurídicos a revisar sus prácticas cotidianas en materia de implementación de las normas internacionales en el ámbito nacional. Especialmente teniendo en cuenta que en América Latina se considera que las normas constitucionales crean derechos directamente exigibles ante tribunales nacionales. Este principio, debe extenderse a los tratados de derechos humanos que gozan de reconocimiento constitucional¹³¹.

El constitucionalismo iberoamericano se encuentra en una nueva etapa. Una de sus características principales sin dudas, es su compromiso con un modelo garantista de los derechos fundamentales. Dentro de él, las normas internacionales de derechos humanos ocupan un lugar preeminente.

El reconocimiento constitucional de los tratados de carácter humanitario produce un quiebre en la tradicional unidad monolítica de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno. Las soluciones clásicas al problema de la incorporación, jerarquía, autoejecutividad, etc., no necesariamente son aplicables a los tratados de derechos humanos.

Las Constituciones analizadas reflejan esta tendencia y demuestran que el pluralismo y la complejidad de las fuentes no puede recibir una respuesta única. Ni siquiera tratándose de normas provenientes todas del ámbito internacional.

El constitucionalismo iberoamericano ha recurrido a distintas soluciones, para tratar al derecho internacional de los derechos humanos, sus particularidades y sus objetivos y finalidades propias. A pesar de ello, las distintas técnicas estudiadas, demuestran un objetivo común que es buscar que el derecho internacional de los derechos humanos sea una realidad efectiva y eficaz en las sociedades iberoamericanas.

130 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ª Edición, Clarendon Press, Oxford, 1993, pág. 577.

131 Además debería favorecer un tema que de ex-professo se omitió tratar que es el de la operatividad de los tratados. Buerghenthal, Thomas, *Self-Executing and non-self-executing treaties in national and international law*, 235 Recueil des Cours (1992-IV), 313/400, pág. 392.