

LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

Pablo Luis MANILI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El origen de la corriente en la península ibérica*. III. *La corriente ingresa al continente americano*. IV. *Fórmulas normativas que no contemplan jerarquías*. V. *Normas que establecen jerarquía y jurisprudencia que la desconoce*. VI. *Normas escuetas y jurisprudencia de avanzada: el caso de Costa Rica*. VII. *Normas que establecen jerarquías y jurisprudencia que la reconoce*. VIII. *Países del Caribe pertenecientes al Commonwealth*. IX. *Repaso y conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En la presente ponencia estudiaremos el panorama constitucional iberoamericano, que es rico en ejemplos de normas constitucionales que se refieren al derecho internacional de los derechos humanos. Creemos poder detectar en él una firme corriente que ha comenzado con la sanción de la carta magna portuguesa de 1976 y de la española de 1978 y ha emigrado luego al continente americano. Intentaremos sistematizar los ejemplos de derecho constitucional comparado, para luego extraer enseñanzas de esa sistematización.

Para ello, partimos de la siguiente base: es el derecho constitucional de cada Estado el que decide acerca de qué norma prevalece en caso de conflicto entre una internacional y una interna,¹ es preciso pues mostrar una visión panorámica acerca de las distintas Constituciones y de

¹ Cfr. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, núms. 69-71, 1987-1989, p. 35.

la jerarquía que cada una de ellas asigna al derecho internacional de los derechos humanos.

Según afirmaba Fix-Zamudio,² en un artículo publicado por primera vez en 1992 (es decir antes de varias de las reformas constitucionales que estudiaremos en este trabajo) es en la rama de los derechos humanos “en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional” confrontándola con la evolución experimentada por el derecho internacional general, y basando su juicio en el derecho constitucional latinoamericano.

II. EL ORIGEN DE LA CORRIENTE EN LA PENÍNSULA IBÉRICA

1. *Constitución de Portugal de 1976 (reformada en 1982, 1989 y 1992)*

Artículo 16. 1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Según Gomes Canotilho,³ la primera cláusula prevé aquellos derechos que son “materialmente pero no formalmente fundamentales”, es decir, que funciona como una cláusula de derechos implícitos; a lo cual Miranda⁴ agrega que la misma es una manifestación del principio de dignidad de la persona, el cual no está explicitado en la Constitución portuguesa.

La segunda parte de la norma es la que nos interesa, por ser el puntapié inicial de una corriente que luego se plasmó en las Constituciones de Latinoamérica. El primer punto a resaltar es la referencia conjunta a

2 Fix-Zamudio, Héctor, “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pp. 51 y ss., esp. p. 59. Dicho artículo había aparecido a fines de 1992 en *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, núms. 84-86, pp. 37 y ss.

3 Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 6a. ed., Coimbra, 1995, p. 499.

4 Miranda, J., *Manual de direito constitucional*, Coimbra, 1993, t. IV, p. 128.

normas constitucionales y a normas legales, las cuales serán “interpretadas e integradas” en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); es decir, que no sólo es un método auxiliar para desentrañar el significado de dichas normas, sino que también en caso que resulten insuficientes o incompletas, las normas de la DUDH acudirán a llenar ese hueco. Cuando dos años más tarde, se propuso en España la inclusión del término “integrar” en el artículo 10.2 de la Constitución (que a continuación analizaremos) la misma fue rechazada en los debates constituyentes. Según el profesor argentino Germán Bidart Campos,⁵ la norma bajo análisis impone dos tareas: “buscar siempre la articulación entre las dos fuentes, pero además, colmar los vacíos normativos”

La norma en cuestión ha sido objeto de una interpretación extensiva por el tribunal Constitucional de ese país, que ha utilizado no sólo la DUDH, sino también los Pactos Internacionales de 1966 y la Convención Europea de Derechos Humanos 1950. No obstante, ese tribunal no ha reconocido —hasta el momento— jerarquía constitucional a la referida Declaración ni la ha utilizado como pauta autónoma para juzgar la constitucionalidad de las normas.⁶ La invocación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo tanto, no juega un papel central en la *ratio decidendi* sino que actúan sólo como un elemento auxiliar de interpretación y de integración de normas constitucionales y legales, como expresamente lo reconoce el Tribunal Constitucional.⁷

La doctrina en cambio, se reparte entre quienes asignan a la DUDH el valor de fuente supraconstitucional, los que le asignan valor constitucional y quienes le adjudican un valor infraconstitucional pero supralegal.⁸

5 Bidart Campos, Germán, “La democracia social en la Constitución Portuguesa (1976/1996)”, *Perspectivas Constitucionais*, Coimbra, vol. I, 1996, p. 241.

6 Cfr. “Rapport de la Délégation Portugaise” a la IXe. Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes (Paris, 10-13 Mai 1993) editado por Consejo Constitucional Francés en 1994, bajo el título *Protection Constitutionnelle et Protection Internationale des Droits de L’Homme: Concurrence ou Complémentarité*, pp. 469 y ss., esp. 493.

7 *Ibidem*, p. 506.

8 Cfr. Gomes Canotilho, J., *op. cit.*, p. 497.

2. Constitución de España de 1978

Artículo 10.2 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 39.4 Los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La primera de las dos normas ha generado abundante doctrina,⁹ mientras que la segunda sólo ha motivado referencias tangenciales. Por ello, y porque la primera realiza la recepción general del derecho internacional de los derechos humanos, nos ocuparemos sólo de ella.

La norma del artículo 10.2 concreta lo que la doctrina española sagazmente denominó la “apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos”,¹⁰ y ha generado que la jurisprudencia de los tribunales —especialmente la del Tribunal Constitucional— recurran permanentemente al derecho internacional de los derechos humanos para fundar sus fallos. En algunas oportunidades, se utilizan las normas internacionales para reforzar la interpretación de normas constitucionales,¹¹ y en otros casos como fundamento principal del

⁹ García de Enterría, Eduardo, “El valor en derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987; Liñán Noguera, Diego, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al artículo 10.2)” en *Boletín Informativo de la International Law Association, Sección Española*, núm. 9, marzo de 1982; Espada Ramos, M., “El efecto directo y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España”, en la obra colectiva *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, vol. 3, 1988; Aparicio Pérez, M., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española como cláusula de integración y apertura constitucional de los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, núm. 6, 1989, pp. 7 y ss.; Fernández, J. R., “El control del derecho interno que infrinja el derecho comunitario europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 72, 1991.

¹⁰ Ese es, exactamente, el título de la obra de Saiz Arnaiz, Alejandro, de casi 300 páginas, dedicada íntegramente a esta norma: *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

¹¹ Lo que Saiz Arnaiz denomina uso del derecho internacional “como ejemplo” (*op. cit.*, p. 241). Ello ha ocurrido, entre muchas otras, en las siguientes sentencias del tribunal constitucional (STC) 16/1981, 67/1985, 99/1985, 199/1987, 176/1988, 195/1989, 59/1990, 170/1993, 85/1994, etc.

fallo.¹² Asimismo, cabe destacar que tanto el texto de los tratados como la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos han sido reiteradamente citados en apoyo de las decisiones judiciales. A través de ese uso frecuente del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los jueces españoles, se ha construido el concepto de “Estado internacionalmente limitado” y el de “interpretación de los derechos fundamentales conforme al derecho internacional”.

Respecto del primero se ha dicho:

No se trata ya sólo de la incorporación al derecho interno de los acuerdos, declaraciones... etc. que tengan por objeto los derechos de la persona, que esto no es ninguna novedad...; se trata, además, y sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades.¹³

La Constitución, desde su superioridad jerárquica, asume esos contenidos y lo hace a modo de “reenvío móvil” a las regulaciones presentes y futuras y también a las que resulten de la interpretación que de tales tratados puedan llevar a cabo los órganos de garantía en ellos establecidos.¹⁴

El principio de interpretación conforme, o de “interpretación internacionalmente adecuada” se refiere a la sustancia de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución (no a su forma) para que la misma sea compatible con lo establecido en el instrumento internacional, pero además, pese a haberse rehusado el Constituyente a incluir el término “integrar” que contiene el modelo portugués, el Tribunal Constitucional también ha utilizado el derecho internacional de los derechos humanos para “rellenar” lagunas normativas de la Constitución, lo cual le ha motivado críticas de gran parte de la doctrina, que considera que la norma no permite crear nuevos derechos más allá de los expresamente recogidos en el texto constitucional, en estos términos: “los convenios

¹² Lo que el referido autor denomina uso “como modelo” (*loc. cit.*), y ha sido desarrollado en las siguientes STC: 22/1981, 42/1982, 36/1984, 254/1993, 33/1997, etc.

¹³ Mangas Martín, Araceli, “Cuestiones de derecho internacional público en la Constitución Española de 1978”, *RFDUC*, núm. 61, 1980, citada por Saiz Arnaiz, A., *op. cit.*, p. 52.

¹⁴ Saiz Arnaiz, *op. cit.*, p. 53.

y tratados internacionales no pueden servir ni para pasar por alto límites de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, ni para añadir... otros distintos de los que la Constitución expresamente formula".¹⁵ En otras palabras, la norma sí posibilitaría una interpretación integradora de normas constitucionales con base en normas internacionales, pero no la solución del pleito con invocación sólo de normas internacionales, si ese derecho no está contemplado en la carta magna.

El uso del artículo 10.2 de la Constitución Española, conviene aclarar, es independiente de la posición que los tratados internacionales ocupan en el sistema interno de fuentes del derecho. Lo que ocurre es que, en general, la doctrina constitucionalista española no ha desarrollado el concepto de *jerarquía* en la valoración de las fuentes de derecho. El principio que rige la ordenación de sus fuentes es el de *competencia*, tal como desarrollaremos más abajo, al ocuparnos del bloque de constitucionalidad en ese país. Por ahora digamos que la ordenación de fuentes es más horizontal (cada materia es regida por una fuente de derecho distinta) que vertical (por jerarquía normativa de las fuentes). Con ello, se presenta un caso curioso: toda la riqueza interpretativa que la jurisprudencia y la doctrina española han extraído de una norma que sólo se refiere a la *interpretación* de normas constitucionales, ha sido posible sin necesidad de asimilar los instrumentos de derechos humanos a la misma jerarquía que la carta magna.

III. LA CORRIENTE INGRESA AL CONTINENTE AMERICANO

1. *Avances y retrocesos en Perú*

La primera Constitución de Latinoamérica en referirse al derecho internacional de los derechos humanos fue la peruana, apenas un año después de la sanción de la española, en 1979. Ello puso al país a la vanguardia en la materia, pero lamentablemente los acontecimientos posteriores, y el acceso al poder de un gobierno alejado de los principios básicos del sistema republicano y democrático, trajeron un retroceso con la sanción de una nueva Constitución en 1993. El tiempo demostrará luego cómo la reforma de 1993 abrió el camino para que el gobierno

¹⁵ De Otto y Pardo, Ignacio y Martín Retortillo, Lorenzo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p. 115.

de Perú formulara, en julio de 1999, una manifestación ante el sistema interamericano de derechos humanos, por la cual retiraba —con pretendido efecto inmediato— su reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte de ese sistema, burlando así el compromiso contraído con anterioridad.¹⁶

2. Constitución de 1979

Artículo 101: Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados son parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

Artículo 105: Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Artículo 305: Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que forma parte el Perú.

La sanción de esta norma en la Constitución de 1979 produjo una cantidad de artículos y comentarios en la doctrina peruana,¹⁷ la mayor parte de los cuales mostraban satisfacción por la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos y su jerarquización.

¹⁶ Puede verse el texto de la comunicación del gobierno peruano en *Pensamiento constitucional*, Lima, año VI, núm. 6, 1999, p. 691. Asimismo nuestro artículo “La postura del gobierno peruano frente al sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, núm. 15, año XI, 2000, p. 29, y la bibliografía en él citada.

¹⁷ Aramburu Menchaca, Andrés, “La Constitución de la República y el derecho internacional”, *Revista de la Academia Diplomática del Perú*, Lima, núm. 18, 1977; Belaúnde Moreyra, Antonio “La Constitución Peruana de 1979 y el derecho internacional”, *Revista Peruana de Derecho Internacional*, Lima, núm. 84, 1982; Valle Riestra, Javier, “Jurisdicción supranacional”, en la obra colectiva *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Lima, CAJ, 1984, p. 209; De la Lama Eggerstedt, Miguel, “La Constitución Política de 1979 y los tratados”, en la obra colectiva *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, 1987, p. 463, Fernández Maldonado, Guillermo, “Los tratados internacionales y el sistema de fuentes del derecho en el Perú”, *Derecho*, Lima, núm. 43-44, 1989-90, p. 337, entre otros.

3. Constitución de 1993

Artículo 56: Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias... derechos humanos.

Artículo 57. [Segundo párrafo]: Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el presidente de la República.

Artículo 58. La denuncia de los tratados es potestad del presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.

[El artículo 205 es similar al 305 de la Constitución anterior, ya transcrito.]

Disposición Transitoria 4a.: Las normas relativas a los derechos y 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.

Contrariamente a la Constitución anterior, esta nueva norma generó acerbas críticas en la doctrina peruana,¹⁸ llegándose a sostener que “la eliminación del artículo 105 en nuestro nuevo texto constitucional no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no sólo un retroceso a nivel jurídico sino también una verdadera torpeza política...”¹⁹

La Constitución vigente, en primer lugar, limita la aplicabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos al papel de pauta interpretativa, sin expedirse expresamente sobre su jerarquía. No obstante, según señala Sáenz Dávalos²⁰ al mencionar a los tratados interna-

18 Ciurlizza, Javier, “La inserción y la jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 11, 1995, p. 68; Loayza, Carolina, “Recepción de los tratados de derechos humanos en la Constitución de 1993 y su aplicación por el Poder Judicial”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, año II, núm. 3, 1996, p. 46, Rodríguez Bignardello, Hugo, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución Peruana de 1993”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, núm. 4, octubre-diciembre de 1996, p. 91 y ss., Carpio Marcos, Edgar, “Constitución y tratados sobre derechos humanos”, *Vox Iure*, Lima, año I, núm. 1, 1994, pp. 6 y ss.

19 Novak Talavera, Fabián, “Los tratados y la Constitución peruana de 1993”, *Agenda Internacional*, Lima, año I, núm. 2, julio-diciembre de 1994, pp. 71 y ss., esp. 91.

20 Sáenz Dávalos, Luis, “El dilema de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la nueva Constitución”, *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad*, Trujillo, núm. 134, enero de 1996-julio de 1999, pp. 737 y ss., esp. 740.

cionales dentro de las normas con rango de ley (art. 200) termina colocando al derecho interno por encima del internacional, ya que una ley posterior puede generar el incumplimiento de un tratado anterior.²¹

En segundo lugar, dicha pauta interpretativa se aplica sólo a los derechos que la Constitución ya reconoce (al igual que la española) pero no pueden ser usados para introducir nuevos derechos en el sistema constitucional. Al menos esa fue la intención de la Convención Constituyente de 1993, según el autor citado, quien se esfuerza por demostrar lo contrario, acudiendo al principio de la dignidad humana²² (mencionado en la cláusula constitucional referida a los derechos implícitos) y afirmando que “*bastará... que una particular especie de derecho tenga su fundamento en aquélla para que por consiguiente pase a formar parte del bloque constitucional que la norma fundamental auspicia*”²³ (cursivas nuestras); concluye que ante la violación de un derecho contenido en un tratado pero no en la Constitución, la idea de dignidad impondría por vía indirecta, su reconocimiento con rango constitucional.

Una postura alentada por un humanismo encomiable, pero minoritaria y —a nuestro entender— algo forzada, es sostenida por César Landa,²⁴ quien se apoya en la mayoría especial requerida para aprobar tratados de derechos humanos (art. 57.2) para denominarlos “tratados constitucionales” y otorgarles “por su contenido material, un nivel supralegal, es decir de carácter constitucional”, con lo cual les asigna entidad suficiente para fundar en ellos la inconstitucionalidad de otros tratados internacionales ya que “forma(n) parte del llamado bloque de constitucionalidad, por tener fuerza normativa constitucional”. Con referencia a la disposición transitoria, el autor citado infiere de la misma un “mandato vinculante para que todos los jueces y cortes interpreten la Constitución

21 Sobre este punto, Pinto expresa que cuando el artículo 140 relativo a la pena de muerte amplía en número de delitos a los cuales se aplicaba a tenor del anterior texto, ello indica que las leyes se encuentran por encima de los tratados o, en el mejor de los casos, en igualdad de rango. *Cfr.* Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, p. 70.

22 Sobre el mismo puede verse Mendoza Escalante, Mijail, *Los principios fundamentales del derecho constitucional peruano*, Lima, s/e, 2000, p. 187.

23 *Loc. cit.*, p. 743-744.

24 Landa, César, “Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993”, *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, año XLVIII, núm. 16, 1998, pp. 3 y ss., esp. 7 y 8.

en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos”.²⁵ En otro trabajo²⁶ el mismo autor da un paso más y agrega que en virtud de esa misma disposición, el Tribunal Constitucional debe interpretar los derechos fundamentales en función “no sólo del texto normativo constitucional, sino también en las resoluciones, recomendaciones y opiniones que, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido para la tutela de los derechos humanos”.

Como vemos, es preciso un enorme esfuerzo interpretativo por parte de la doctrina para extraer de la árida carta de 1993 una interpretación progresista que permita colocar al derecho internacional de los derechos humanos por lo menos por encima de las leyes.

Es llamativo también cómo la expresión “bloque de constitucionalidad” tuvo acogida en la doctrina peruana aun después de abolida la carta de 1979, que habría posibilitado el uso de esa frase sin mayor esfuerzo.

IV. FÓRMULAS NORMATIVAS QUE NO CONTEMPLAN JERARQUÍAS

Agruparemos en este título aquellas Constituciones que, si bien contienen referencias al derecho internacional de los derechos humanos, no se refieren a su jerarquía en derecho interno. Debemos aclarar que ello no las desmerece, sino todo lo contrario: nos estamos dedicando a las Constituciones que sí se ocupan de los derechos humanos y descartando aquellas que no lo hacen, como era el caso —por ejemplo— de la Constitución argentina hasta 1994.

1. *Constitución de Brasil de 1988*

Artículo 4o.: La República Federativa de Brasil se regirá en sus relaciones internacionales por los siguientes principios... prioridad a los derechos humanos...

Artículo 5o., apartado 2: Los derechos y las garantías indicados en esta Constitución no excluyen otros que deriven del régimen y los principios adop-

²⁵ *Idem.*

²⁶ Landa, César, “Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana”, *Revista IIDH*, núm. 27, San José, IIDH, enero-junio de 1998, pp. 81 y ss., esp. 95.

tados por ella, o de los tratados internacionales en que sea parte la República Federativa de Brasil.

La “prioridad” asignada a los derechos humanos en el manejo de las relaciones internacionales (art. 4o.) es una fórmula más retórica que con efectos jurídicos, máxime si tenemos en cuenta que los tribunales brasileños siguen manteniendo una postura dualista en lo atinente a la aplicación del derecho internacional en el derecho interno. Mientras que la norma del artículo 5o. menciona a los tratados de derechos humanos como fuente colateral de derechos no enumerados en el texto constitucional. De ese modo, el derecho internacional de los derechos humanos (en general, ya que no hace distinciones ni enumera instrumentos) se transforma en fuente de derechos con jerarquía constitucional a los efectos de completar el sistema de derechos y libertades fundamentales. Dicha norma fue propuesta a la asamblea reformadora por el jurista Antonio Cançado Trindade.²⁷

2. *Constitución de Chile de 1980, reformada en 1989*²⁸

Artículo 5o.: Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 50: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Según el jurista mexicano Fix-Zamudio,²⁹ esta última norma implica asignar primacía expresa al derecho internacional de los derechos hu-

²⁷ Su aporte a dicha asamblea se tituló “Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional”, *Assambléia Nacional Constituinte. Atas das Comissoes*, vol I, Brasilia, núm. 66 (supl.) 27/5/87, p. 111 (cfr. Cançado Trindade, Antonio, *A Protecao Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Sao Paulo, Saraiva, 1991, p. 630.

²⁸ Reforma introducida por Ley 18.825 del 16 de agosto de 1989, plebiscitada el 30 de julio de 1989.

²⁹ Fix-Zamudio, *op. cit.*, p. 64.

manos en el derecho interno. Según el uruguayo Gros Espiell³⁰ y el brasileño Cançado Trindade,³¹ la primera de ellas significa atribuir a los derechos humanos garantizados en los tratados ratificados por Chile la misma jerarquía que los derechos contemplados en la Constitución. Mientras tanto, la doctrina chilena es menos optimista, ya que según Díaz Albónico,³² la norma referida simplemente sigue a la Constitución española, utilizándolo como parámetro de interpretación, sin asignarle jerarquía. Lo que sí surge a las claras es su valor como fuente complementaria de derechos, al igual que la brasileña.

3. Constitución de Paraguay de 1992

Artículo 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...

Artículo 142: Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.

Artículo 143: La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios... la protección internacional de los derechos humanos...

Artículo 145: La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo...

Como vemos, la carta magna paraguaya otorga a los tratados de derechos humanos una rigidez similar a la del propio texto constitucional, al exigir para su denuncia el mismo procedimiento que para reformar la Constitución. Pero nada dice acerca de la jerarquía de esos instrumentos. No

³⁰ Gros Espiell, Héctor, “El derecho internacional en la jurisdicción constitucional”, en varios autores, *La jurisdicción constitucional*, San José, Juricentro, 1993, p. 61.

³¹ Cançado Trindade, Antonio, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, IIDH, 1993, p. 238.

³² Díaz Albónico, Rodrigo, “La Reforma al Artículo 5o. de la Constitución Política”, *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, 1991, pp. 199 y ss.

obstante, algunos juristas³³ se han pronunciado en el sentido que la normas transcritas establecen implícitamente que los tratados poseen rango similar a la Constitución. Por su parte, en el debate llevado a cabo en el Senado al momento de aprobar la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR), se dijo que “sus dispositivos han de prevalecer sobre cualquier norma legal no constitucional... integrarán desde ese momento nuestro derecho positivo interno con un rango superior a las mismas leyes que sancione este Parlamento”.³⁴ En cuanto al problema de la operatividad de las normas se dijo:

la vigencia interna de las normas que (lo) integran... se operará de pleno derecho... y dada su jerarquía mayor frente a las leyes, éstas quedarán modificadas o derogadas en tanto contradigan sus preceptos. Solamente no tendrán operatividad inmediata aquellos preceptos... que tengan carácter predominantemente programático y que remitan su ejercicio a la modificación de la legislación interna vigente, pero ese carácter programático debe surgir claramente de los pocos casos en que el mismo Pacto así lo determine.³⁵

La cláusula del artículo 143 se asemeja a la del artículo 4o. de la carta brasileña, que se refiere a los derechos humanos como “prioridad” en las relaciones internacionales.

Lo novedoso de la ley fundamental paraguaya es la referencia a los derechos humanos como enmarcados en un “orden jurídico supranacional” y no simplemente a los tratados en la materia. Si bien el tema no ha sido aún desarrollado por la jurisprudencia del vecino país, nos animamos a sostener que ello alude a cualquier sistema en el cual existan órganos supranacionales, sean éstos de derechos humanos o de derecho comunitario (cuando esa rama del derecho exista en nuestro subcontinente)³⁶ cuya competencia podrá reconocer Paraguay, siempre y cuando esos órganos respeten los derechos humanos.

³³ Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en varios autores, *The Modern world of Human Rights/ El Mundo Moderno de los Derechos Humanos. Essays in Honour of/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, San José, IIDH, 1996, pp. 159 y ss., esp. 170.

³⁴ Discurso del senador Evelio Fernández Arévalos, citado por Centurión Morinigo, Ubaldo, *El orden jurídico supranacional*, 3a. ed., Asunción, 1996, pp. 41-42.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Lo cual hasta esta fecha no podemos afirmar seriamente que ocurra, en virtud de las escasas facultades ordenatorias de los órganos del Mercosur respecto de los Estados

La filosofía que animó la reforma de 1992 se desprende de estas palabras del convencional constituyente Francisco Callizo:

El orden jurídico supranacional es un progreso dentro del concepto de la solidaridad del hombre y de la humanidad, es una forma de establecer parámetros en que el hombre deja de lado su nacionalismo para insertarse en un orden internacional en que los derechos humanos son reconocidos como de carácter internacional.³⁷

En el caso que dichos sistemas sean —de por sí— sistemas internacionales de derechos humanos, como por ejemplo el sistema interamericano instituido por el PSJCR, cabe preguntarse cuál será la pauta para controlar —previo a adherir al mismo— si dicho sistema “garantiza (o no) la vigencia” los derechos humanos. No obstante, la pregunta es de laboratorio por cuanto al momento de la sanción de la Constitución, Paraguay ya había ratificado el PSJCR (en 1989) y el Tratado de Asunción que instituye el “Mercosur” (en 1991), por lo cual no es dable esperar que se creen otros sistemas a los cuales aplicar la norma (a lo sumo, podrá tratarse de evoluciones de éstos).

4. *Constitución de Nicaragua de 1987, reformada en 1995*

Preámbulo: Por la institucionalización de las conquistas de la Revolución y la construcción de una nueva sociedad que elimine toda clase de explotación y logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos.

Artículo 160: La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia.

Artículo 46: En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de

miembros. Puede verse al efecto nuestro trabajo “El derecho comunitario ante la Corte Suprema”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, año XIV, núm. 38, 23 de septiembre de 1998, p. 230.

³⁷ Citado por Centurión Morinigo, Ubaldo, *op. cit.*, p. 31.

los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Artículo 182: La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones.

Los derechos humanos aparecen como una aspiración genérica en el preámbulo, la que luego se concreta y adquiere fuerza normativa en el artículo 160, al mencionarlos como materia de protección por la administración de justicia. En una interpretación conjunta de estas dos normas podríamos afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos es fuente jurídica en el orden interno nicaragüense. La única aclaración que deberíamos formular al respecto es que el término “ley” empleado en el artículo 160 debe ser interpretado en el sentido de “ley material”, esto es, toda norma jurídica (ley formal, Constitución, tratado, decreto, ordenanza, etc.).

Pero debemos analizar, además, qué quiso significar el constituyente con la inclusión del artículo 46 en la carta magna. Como interpretación más restrictiva podemos decir que significa la aplicabilidad directa y la operatividad inmediata de las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, lo cual ya implica decir mucho. Y como hipótesis de máxima, podríamos decir que la norma implica una excepción al artículo 182, que consagra la inferior jerarquía de los tratados frente a la Constitución, y de ese modo sostener que los tratados enumerados gozan de jerarquía constitucional.

Lamentablemente, la jurisprudencia de los tribunales nicaragüenses se inclina por la interpretación más estrecha de las dos ensayadas, manteniendo a la Constitución como norma suprema y a todos los tratados internacionales subordinados a ella, incluidos los de derechos humanos expresamente enumerados.

5. *Constitución de Ecuador de 1998*

Artículo 17: El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos estable-

cidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

Artículo 18: Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley para el ejercicio de estos derechos...

Si bien la carta magna ecuatoriana no establece una jerarquía específica para las normas internacionales de derechos humanos, sigue el modelo chileno y brasileño en cuanto a que los utiliza como mecanismos para completar el catálogo constitucional de derechos. Pero introduce la novedad de establecer expresamente su directa operatividad tanto en sede judicial como ante cualquier otra autoridad.

V. NORMAS QUE ESTABLECEN JERARQUÍA Y JURISPRUDENCIA QUE LA DESCONOCE

Nos referiremos con este título a dos Constituciones que se refieren expresamente a la jerarquía que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes de derecho interno, lo cual las aventaja respecto de las anteriores, al menos en lo atinente a su literalidad.

1. *Constitución de Guatemala de 1985, reformada en 1994*

Artículo 46: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Según apunta Pinto,³⁸ pese a la ambigüedad de los términos de la norma, la práctica de este país señala que en caso de conflicto entre

³⁸ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 68, donde además se citan los informes que la autora redactara como experta independiente de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (informes E/CN.4, 1994/10, 113, 1995/15, 133 y 1996/15, 63).

la Constitución y una norma internacional de derechos humanos, se resuelve a favor de la primera. Así, la Corte de Constitucionalidad de ese país, en 1990 sostuvo:

El hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico *con carácter de norma constitucional* que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46 sino por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuran expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...”³⁹ (cursivas nuestras).

El mismo tribunal, en 1996, resolvió que, en dicha norma

únicamente se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones... tienen preeminencia sobre el derecho interno. Es decir que, en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían estos últimos, pero como ya se dijo, éstos *no son parámetros de constitucionalidad*. Lo expuesto permite establecer que no existe violación a ninguna de las normas de la Constitución⁴⁰ (cursivas nuestras).

Con esa interpretación de la norma bajo análisis, queda desdibujada toda diferencia entre los tratados de derechos humanos y los demás tratados internacionales; por lo cual surge la pregunta de para qué incluyó el Constituyente el artículo 46, si luego la jurisprudencia los iguala a los demás tratados, colocándolos implícitamente por debajo de la Constitución.

No obstante esa reticencia de los tribunales, es de destacar que una ley de desarrollo constitucional⁴¹ ha establecido que

³⁹ Expediente 280-90, sentencia del 19-10-90, *Gaceta Jurisprudencial* 18.

⁴⁰ Expediente 334/95, sentencia del 26 de marzo de 1996. En el caso se discutía la inconstitucionalidad de una norma que extendía la aplicación de la pena de muerte a delitos que no la tenían prevista al momento de entrada en vigor del PSJCR.

⁴¹ Ley de Amparo, artículos 3o. y 114.

la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, prevalecen sobre el derecho interno... [y] Los tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala...

2. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999)*

Artículo 19: El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e independientes de los derechos humanos.

Artículo 23: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

Luego del giro copernicano ocurrido en la vida política de Venezuela a fines de la década de 1990, con la llegada al poder de Hugo Chávez y la casi desaparición de los partidos políticos tradicionales, se sancionó la Constitución de 1999, en la cual, pese a lo revolucionario del movimiento político institucional que la impulsó, el cambio fundamental no se dio en cuanto a la forma de gobierno o de la organización del poder, sino en el campo de los derechos humanos,⁴² por haber consagrado la jerarquía constitucional de los tratados y el principio de progresividad. Lamentablemente esa recepción vanguardista del derecho internacional de los derechos humanos no tuvo su reflejo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En efecto, en noviembre de 2000 una de sus salas dictó una sentencia⁴³ en la cual sostuvo:

⁴² Cfr. Basterra, Marcela, “La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 165, enero de 2000, p. 15; y de la misma autora: “Nuevas reflexiones en torno a la Constitución venezolana de 1999”, *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Buenos Aires, vol. IV, núm. 2, primavera de 2000, pp. 44 y ss., esp. 53.

⁴³ Sentencia 1505 de la Sala de Casación Penal, del 21 de noviembre de 2000.

Ha habido una notoria insistencia de la Sala sobre tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual en principio está muy bien, pero pareciera que a veces en Venezuela se le quisiera dar ahora más importancia a esos tratados que a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, en Venezuela ya muchos están creyendo, incluso muy distinguidos abogados penalistas, que hay una supraconstitucionalidad de tales tratados sobre la Constitución. No hay tal: la Sala Constitucional ha decidido que esos tratados son aplicables por mandato de la Constitución... No puede ser supraconstitucional sino constitucional porque la misma Constitución lo ordena cuando haya principios más favorables... Pero esos tratados son aplicables en cuanto a lo que a la sustancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales tratados... forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución, pero en caso que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, primar la Constitución.

Es decir, pese a que la letra expresa de la Constitución establece la igualdad jerárquica de los tratados de derechos humanos con la carta magna, e incluso su prevalencia cuando protegen de modo más amplio los derechos de la persona, existe aún, en la mayoría de los jueces, un recelo o temor a reconocer a las fuentes normativas externas un valor constitucional y —menos aún— supraconstitucional. Lamentablemente, como hemos podido apreciar, ese temor se repite en varios países latinoamericanos.

VI. NORMAS ESCUETAS Y JURISPRUDENCIA DE AVANZADA: EL CASO DE COSTA RICA

Con este título nos referiremos a la carta magna de Costa Rica, que data de 1949, no obstante lo cual, una enmienda realizada en 1989,⁴⁴ ha posibilitado una interpretación de vanguardia por parte de la sala constitucional de la Corte Suprema, al punto que el actual presidente de esa Corte⁴⁵ sostuvo que dicha reforma, por su nueva perspectiva del derecho

⁴⁴ Aclaremos que en Costa Rica existe un mecanismo flexible de reforma de la Constitución mediante leyes sancionadas con una mayoría agravada de la Asamblea Legislativa.

⁴⁵ Mora Mora, Luis Paulino, *et al.*, “El derecho internacional y su influencia en la jurisdicción constitucional costarricense”, en varios autores, *La jurisdicción constitucio-*

internacional, ha cambiado la administración de justicia en ese país. A la inversa de los casos anteriores, con normas que no asignan jerarquía a los instrumentos internacionales se gestó una jurisprudencia que sí la reconoce.

El artículo 7o. de la Constitución, vigente desde 1949, establece: “Los tratados públicos, los convenios internacionales, y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional y de Creación de la Sala Constitucional de 1989 introdujo algunas reformas en el texto constitucional, y cambió la redacción del artículo 48 de la carta magna por el siguiente:

Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República...

Como vemos, si analizamos la letra expresa de ambas normas, encontramos que los tratados internacionales en general tienen jerarquía supralegal (aunque infraconstitucional) y que aun los que versan sobre derechos humanos sirven de parámetro de constitucionalidad de las leyes y demás normas inferiores. Así lo interpretó la doctrina más calificada cuando la norma recién había sido sancionada.⁴⁶ No obstante, la jurisprudencia de la sala constitucional de la Corte Suprema ha sido verdaderamente revolucionaria en la materia, ya que ha colocado a los tratados de derechos humanos —en ciertos casos— en un rango superior al de la Constitución misma.

El camino se abrió a través de una sentencia de 1992,⁴⁷ donde se estableció que el artículo 14 de la Constitución, en cuanto establecía

nal y su influencia en el Estado de derecho, San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pp. 67 y ss.

⁴⁶ Cfr. Hernández Valle, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Juricentro, 1990, p. 145.

⁴⁷ Sentencia 3435, del 11 de noviembre de 1992 a las 16 horas 20 minutos.

que “Son costarricenses por naturalización ... (inc. 5) La mujer extranjera... casada durante dos años con costarricense...” carecía “de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y la no discriminación... son valores superiores...”⁴⁸ Y en la sentencia aclaratoria del mismo caso, la sala expuso que más allá de lo que establece el artículo 7o. de la Constitución,

los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República, conforme el artículo 48 constitucional, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona. En el caso concreto, no obstante que la norma constitucional textualmente esté concebida de una manera, debe entenderse y aplicarse de tal forma que elimine la discriminación...⁴⁹

Hasta aquí la norma internacional solamente influye en la interpretación de la norma constitucional, lo cual ya es importante. Pero la sala dio un paso más en 1995 al sostener:⁵⁰

... los instrumentos de derechos humanos vigentes... tienen no solamente un valor similar a la Constitución política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas *priman por sobre la Constitución*... Por ello algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989 sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica en los últimos cincuenta años⁵¹ (cursivas nuestras).

Y agregó otra conclusión más avanzada aún, al sostener que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales... tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido”.⁵² A nuestro entender, esta jurisprudencia consagra la jerarquía constitucional de las normas y

48 Considerando I, *in fine*.

49 Considerando II.

50 Sentencia 2313, del 9 de mayo de 1995 a las 16 horas 18 minutos.

51 Considerando VI.

52 Considerando VII.

de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional. Nótese que la jerarquía superior a la Constitución se la reconoce a éste solamente “en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas”, pero no en general.

Resulta destacable la opinión de quien fuera Presidente de la referida sala constitucional y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo Piza Escalante,⁵³ según quien, por obra de la referida ley el criterio fundante del control de constitucionalidad en Costa Rica no es la Constitución sino el “derecho de la Constitución”, el cual comprende,

más que los preceptos, las normas que generan... los principios... valores consagrados, supuestos y presupuestos por la Constitución formal o por la Constitución material o por el derecho internacional o comunitario aplicable... e inclusive incorpora... el derecho internacional de los derechos humanos.

Su postura fue recogida casi literalmente por la dicha sala constitucional; entre ellas la reciente sentencia referida a la reelección presidencial.⁵⁴ Pero, al mismo tiempo, aclara que la denominación “derecho de la Constitución”, con el alcance indicado es más precisa que la de “bloque de constitucionalidad”, a la que califica de “equivoca o controvertida”.⁵⁵ Evidentemente se refiere al término a la luz de cómo lo aplica la doctrina española, ya que a continuación agrega “que buena parte de la doctrina reduce a las que consagran y garantizan la autonomía política regional en los Estados federales o similares”.⁵⁶ Otros autores costarricenses como Hernández Valle⁵⁷ sí utilizan el término “bloque de cons-

⁵³ Piza Escalante, Rodolfo E., *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 75.

⁵⁴ Sentencia 7818, del 5 de septiembre de 2000 a las 16:45 horas.

⁵⁵ Piza Escalante, R., *op. cit.* p. 15, n. 1.

⁵⁶ Debemos aclarar que España no es un Estado federal sino unitario con un sistema de autonomías regionales totalmente atípico. Volveremos sobre el punto más abajo.

⁵⁷ *Cfr.* Hernández Valle, Rubén, *El derecho de la Constitución*, t. I, San José, Juricentro, 1993, p. 610; y en “La problemática de las sentencias normativas”, varios autores, *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pp. 89 y ss., esp. p. 94. Asimismo, Murillo Ruin, Adriana, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento interno

tucionalidad” como análogo al “derecho de la Constitución” mientras que otros se refieren al “bloque de libertades públicas”⁵⁸ que contiene las contenidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Como veremos más abajo, la utilización del término “bloque de constitucionalidad” para describir el fenómeno producido por la reforma constitucional de 1994 en Argentina, tiene implicaciones de algún modo similares a las que se derivan del “derecho de la Constitución” usado en la jurisprudencia de Costa Rica, que a la vez son mucho más amplias que las que se derivan del modo en que es usado en España.

VII. NORMAS QUE ESTABLECEN JERARQUÍAS Y JURISPRUDENCIA QUE LA RECONOCE

1. *Constitución de Colombia de 1991*

Artículo 4o.: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, *prevalecen en el orden interno*. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (*cursivas nuestras*).

Artículo 94: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Artículo 164: El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el gobierno.

y sus consecuencias”, documento de trabajo interno del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, Dirección General de Política Exterior, Área de Derechos Humanos, p. 3.

⁵⁸ Cfr. Saborío Valverde, Rodolfo, “El bloque de libertades públicas”, en varios autores, *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pp. 149 y ss.

Artículo 214, apartado 2: No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...

Según Monroy Cabra,⁵⁹ las normas citadas implican:

a) La adopción de “la concepción monista en materia de derechos humanos y por ende quedan incluidos como derechos protegidos todos los derechos reconocidos en los tratados vigentes para Colombia en materia de derechos humanos”. b) La obligación de interpretar los derechos humanos consagrados en la Constitución conforme a los tratados internacionales. c) La no taxatividad del catálogo de derechos consagrados en la Constitución. d) La obligación del Estado de sancionar las disposiciones de orden interno que prevé el artículo 2o. del Pacto de San José de Costa Rica... a los efectos de hacer operativos y efectivos los derechos previstos en los tratados. e) La necesidad de interpretar los derechos humanos teniendo en cuenta las doctrinas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁰

En el seno de la Convención Constituyente que sancionó estas normas, según refiere detalladamente Nieto Navia,⁶¹ varios convencionistas coincidieron en que el derecho internacional de los derechos humanos debía tener primacía sobre todo el derecho interno,⁶² incluida la Constitución nacional; algunos de ellos, inclusive propusieron la primacía de todo el derecho internacional sobre el interno, con una fórmula muy interesante “debemos hacer... el examen previo de constitucionalidad de los tratados, pero que una vez adoptados, ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos”.⁶³ Queda en claro cuál es el sentido que el Constituyente quiso darle a la norma en cuestión, y queda en claro también que ello fue una transacción de mínima ya que hubo planteos superadores del que finalmente se volcó al texto de la ley fundamental.

⁵⁹ Monroy Cabra, Marco, “Los derechos humanos en la Constitución Colombiana de 1991”, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 863 y ss., esp. 869 y 870.

⁶⁰ Como veremos *ut infra*, una postura muy similar había sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 7 abril de 1995 en autos *Giroldi*.

⁶¹ Nieto Navia, Rafael, “Los derechos a la igualdad y a la propiedad y la expropiación sin indemnización”, *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, cit., pp. 893 y ss., esp. 924.

⁶² Constituyentes Diego Uribe Vargas y Alfredo Vázquez Carrizosa, citados por Nieto Navia en *op. cit.*

⁶³ Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, citado por Nieto Navia en *op. cit.*

Sin embargo, contrariamente a la brillante doctrina colacionada y lo expresado en la Asamblea Constituyente, la jurisprudencia de ese país ha tenido altibajos en la interpretación de la normativa constitucional. En efecto: la Corte Constitucional colombiana ha decretado, en más de un fallo,⁶⁴ la inconstitucionalidad de tratados que contemplan la obligación de indemnizar en caso de expropiación por considerarlos contrarios a la norma constitucional que establece la posibilidad, en ciertos casos, de expropiar bienes sin abonar suma alguna (art. 58, *in fine*, de la Constitución). Surge a las claras la contradicción entre esa postura y el artículo 21.2 del PSJCR, que sólo permite la expropiación mediante el pago de indemnización justa, el cual ha sido ignorado por el tribunal. El ya citado Nieto Navia —entre otros— ha criticado severamente dichos fallos por cuanto

la Constitución no puede interpretarse aisladamente sino en su conjunto... y la terminología del artículo 93... no deja lugar a dudas... Cualquier interpretación que se haga de disposiciones internas, incluida la propia Constitución, no puede apartarse de lo que digan los tratados respectivos y que, si se trata de normas inferiores a la Carta que contradigan tales tratados, deberán ser consideradas inconstitucionales...⁶⁵

Como fórmula armonizante de ambos ordenamientos, internacional y constitucional, Rey Cantor⁶⁶ sostiene que la prevalencia de los tratados de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 queda supeditada a la supremacía de la Constitución debido a que la ley aprobatoria del tratado es pasible de control de constitucionalidad por parte de la Corte, como lo prevé el artículo 241 apartado 10 de la Constitución. No obstante, reconoce que dichos tratados forman parte de la Constitución material.

Pese a lo criticables que resultan los fallos apuntados más arriba, la Corte Constitucional ha dictado, en 1995, un fallo trascendental y que debería ser tomado como ejemplo por todos los tribunales supremos latinoamericanos. Nos referimos a la sentencia 225/95 del 18 de mayo de

64 Sentencias 106/95, 178/95.

65 Nieto Navia, *loc. cit.*

66 Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez, María, *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, p. 12.

1995,⁶⁷ en la que debió evaluar la jerarquía normativa y la aplicabilidad en el ámbito interno del Protocolo II de 1977, de derecho internacional humanitario, referido a las víctimas de conflictos armados no internacionales.

En primer lugar, el tribunal consideró al Protocolo no como un instrumento aislado sino formando parte de los principios generales del derecho internacional humanitario, al que consideró integrante del *ius cogens* internacional, y con expresa mención de la Cláusula Martens como uno de esos principios.⁶⁸ Analizó también la relación existente entre esa rama del derecho internacional y el concepto de soberanía, tema al que dedicó especial atención.⁶⁹

Bajo el título “La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad”, la Corte se expidió, en primer lugar, a favor de la integración del derecho internacional humanitario en el marco del derecho internacional de los derechos humanos⁷⁰ “puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana”.⁷¹ A continuación pasó a analizar el juego de los artículos 4o. y 93 de la Constitución, ya que por el primero la Constitución es suprema y por el segundo los tratados de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno siempre que reconozcan derechos humanos no suspendibles en estados de excepción. A tal efecto, sostuvo que la referida prevalencia, que es también avalada por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, puede ser válida desde la perspectiva

⁶⁷ Titulada “Revisión constitucional del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo” (expediente L.A.T. 040). El fallo ha sido publicado íntegramente en Argentina en *El derecho*, 164:439, con nota al pie de Germán Bidart Campos (“El derecho internacional humanitario en Colombia”).

⁶⁸ Fundamentos Jurídicos, 5 al 10 y 22.

⁶⁹ Fundamentos Jurídicos, 13 al 18.

⁷⁰ En nuestro artículo “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario: su interrelación”, defendimos la postura de que el segundo es una especialización del primero, aplicable a los casos de conflicto armado (ver *La Ley*, ejemplar del 20 de agosto de 1998).

⁷¹ Fundamento Jurídico, 11.

del derecho internacional, pero entiende que desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano esta interpretación debe ser matizada, por lo cual descarta la supraconstitucionalidad pregonada por cierta parte de la doctrina, y se inclina por la adopción del concepto de bloque de constitucionalidad en los siguientes términos:

La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad” proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4o. y 93 de nuestra carta.⁷²

Luego analiza la práctica del Consejo Constitucional francés y el modo en que la doctrina de ese país interpreta el bloque, como parámetro del control de constitucionalidad, concluyendo que

el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado *stricto sensu*... de esa manera se armonizan plenamente el principio de supremacía de la Constitución... con la praevalencia de los tratados... que reconocen los derechos humanos...⁷³

En conclusión, el máximo órgano de interpretación de la Constitución nacional en Colombia se inclinó decidida y expresamente por la utilización del concepto de bloque de constitucionalidad como expresión de la comunidad normativa que se forma por la carta magna y ciertos tratados de derechos humanos, en el caso, los de derecho internacional humanitario.

Lo anterior sirvió como fórmula de armonización de dos principios en tensión: la supremacía constitucional y la prevalencia de esos tratados sobre el derecho interno. Frente a esa tensión, al decir de Bidart Cam-

⁷² Fundamento Jurídico, 12.

⁷³ *Idem*.

pos,⁷⁴ la Corte no se amilana frente a las concepciones clásicas, hoy vetustas, de la supremacía constitucional, del poder constituyente y de la soberanía del Estado.

2. *Constitución de la República Argentina*

La reforma constitucional de 1994 introdujo cambios trascendentes en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional público en general, y especialmente en materia de derechos humanos. Ello ha aparejado cambios en la jerarquía de las normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno. El artículo 75 inciso 22 reza:

Corresponde al Congreso... aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁷⁴ Bidart Campos, Germán, “El derecho internacional humanitario en Colombia”, *El Derecho*, Buenos Aires, 164:437.

El antecedente inmediato de la reforma de 1994 en la materia es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) dictado en julio de 1992 en autos “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”. Allí se discutía la operatividad de una norma contenida en el Pacto de San José de Costa Rica que consagraba el derecho de réplica. Para analizar si era operativa o no, la CSJN consideró necesario expedirse acerca de su jerarquía normativa con respecto a las leyes, cuando en realidad el conflicto no se planteaba entre ese tratado y una ley, sino que el problema era la falta de reglamentación del tratado en derecho interno. Al hacerlo, consagró el principio por el cual, en derecho interno argentino, los tratados son jerárquicamente superiores a las leyes. Ese principio venía siendo aplicado en derecho internacional público desde hacía ciento veinte años⁷⁵ y fue finalmente volcado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969,⁷⁶ de donde lo toma la CSJN. Este fallo implicó el final de una etapa —que duró décadas— plagada de contradicciones, idas y venidas en nuestra jurisprudencia,⁷⁷

⁷⁵ En efecto, ya en 1872 en un laudo arbitral emitido en Ginebra en el asunto del buque “Alabama” el tribunal sostuvo: “el gobierno de Su Majestad Británica no puede justificarse a sí mismo por no haber observado la diligencia requerida invocando la insuficiencia de medios legales de acción a su alcance”. La Corte Permanente de Justicia Internacional, por su parte, en el caso de las “Zonas Francas de la Alta Saboya” (CPJI 1930, serie A, núm. 24) de 1930, dijo que el Estado “no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales”.

⁷⁶ Artículo 27 de la Convención: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

⁷⁷ En la década de 1940 la CSJN dictó el fallo “Merck Química Argentina” en el cual incurrió en una serie de confusiones como sostener que en épocas de paz la Argentina es dualista y por lo tanto la Constitución prima sobre los tratados mientras que en tiempos de guerra el país es monista y por lo tanto los tratados deben primar. En la década de 1960 en los fallos “Martín y Cía.” (Fallos 257:99) y “Eso Petrolera Argentina” (Fallos 271:7) sostuvo que no existiendo motivos para inferir del artículo 31 de la Constitución Nacional una diferencia de jerarquía entre tratados y leyes, cualquier colisión entre éstos debía resolverse por aplicación de los principios de “ley especial deroga ley general” y “ley posterior deroga anterior”. Y en la década de 1980, en autos “Eusebio F. s/ Sucesión” (*La Ley*, Buenos Aires, 1987-D:333) defendió “el carácter predominantemente programático” del una norma del PSJCR y que los derechos y libertades reconocidos en él deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados mediante disposiciones legislativas o de otra índole. Sostuvo asimismo, que el artículo 27 de la referida Convención de Viena no obstaba a esa conclusión, ya que sólo se aplicaba “a la situación jurídica de un Estado respecto de otro” y que hasta tanto la Argentina no adecuara su legislación interna al contenido del Pacto, los derechos reconocidos por el mismo no eran operativos.

por lo cual el fallo en comentario fue unánimemente bienvenido por la doctrina con respecto a este punto. Y sus conclusiones en relación a la jerarquía normativa han sido volcadas, como vimos, en el primer párrafo del artículo 75, inciso 22. Lamentablemente no se volcó al texto de la Constitución una cláusula que declarara la operatividad directa de las normas de los instrumentos internacionales referidos en ese inciso, lo cual hubiera sido deseable. No obstante, creemos que el hecho de que la Corte haya resuelto el problema de la jerarquía normativa del tratado justamente en un caso donde el problema era su falta de operatividad, demuestra que la jerarquización del tratado respecto de las leyes es una solución al problema de la falta de operatividad de ciertas normas internacionales, por lo cual en cualquier caso en que la norma del tratado ofrezca dudas sobre el punto, éstas deberán ser despejadas por el juzgador, aplicando el tratado aun cuando no haya sido reglamentado. Así lo entendió el ministro Petracchi en autos “*Boico*”⁷⁸ de diciembre de 2000, en estos términos: “la ausencia de una disposición legislativa no constituye un fundamento suficiente para convalidar por omisión...” contravenciones al PSJCR. Para ello citó en su apoyo la doctrina de “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”.

Una vez analizado este precedente, veremos a continuación cómo ha sido la interpretación jurisprudencial de los cambios introducidos en la carta magna por la reforma de 1994: el 27 de diciembre de 1996 la CSJN emitió dos fallos, “*Chocobar, Sixto*”⁷⁹ y “*Monges, Analía*”,⁸⁰ transcritos parcialmente más arriba, en los cuales incluyó un párrafo idéntico, donde sostuvo que la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte” contenida en el artículo 75, inciso 22 indica “que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.

Ambas decisiones echan luz en el sentido que la intervención del poder constituyente reformador, eligiendo ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos para asignarles la misma jerarquía que a la Cons-

⁷⁸ Fallos 323:4008.

⁷⁹ *La Ley*, Buenos Aires, 1997-B:247, voto de Nazareno, Moliné O'Connor y López, considerando 12.

⁸⁰ *El Derecho*, del 17 de julio de 1997, voto de Nazareno, Moliné O'Connor, López y Boggiano, considerandos 20 y 21.

titudi3n (a lo cual llama “juicio de comprobaci3n”), no puede ser desconocida por el int3rprete, ni puede pretenderse aplicar a dichos instrumentos las mismas reglas que a los dem3s, postura 3sta que, no obstante, es sostenida por cierta parte minoritaria de la doctrina⁸¹ y por dos ministros de la Corte.⁸² Rep3rese en que los referidos fallos expresamente han establecido que los poderes constituidos “no pueden desconocer ni contradecir” esa manifestaci3n de voluntad del Constituyente, lo cual revela m3s que un disenso, una suerte de “enojo” con quienes pretenden asignar a los instrumentos expresamente mencionados en el art3culo 75 inciso 22, una jerarqu3a inferior a la que el Constituyente pretendi3 darles.

En lo atinente al “cotejo” que, seg3n la Corte, hizo el Constituyente entre “los tratados y los art3culos constitucionales”⁸³ creemos que el t3rmino ha sido usado en el sentido figurado toda vez que no surge del diario de sesiones de la Asamblea Constituyente que se haya realizado ese confronto, norma por norma, de esos cuerpos normativos.

Debemos reconocer que esta postura del m3ximo tribunal, si bien no es jur3dicamente exhaustiva, resulta muy pr3ctica y 3til en el sentido de inducir a los int3rpretes a que realicen todos los esfuerzos posibles por conciliar las normas de jerarqu3a constitucional independientemente de su fuente. As3, en “*Chocobar*” hemos visto c3mo sostuvo que las normas de la Declaraci3n Universal de los Derechos Humanos y del PSJCR “resultan id3neas para interpretar el alcance (del)... art3culo 14 *bis* de la Constituci3n Nacional, toda vez que 3sta debe ser analizada como un conjunto arm3nico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las dem3s”.⁸⁴ Lamentablemente, este p3rrafo de la sentencia, que es acertado en cuanto al fondo de la cuesti3n, introduce un error, ya que de 3l se deducir3a que los instrumentos internacionales se habr3an incorporado a la Constituci3n, lo cual a nuestro entender no es correcto, ya que simplemente fueron *equiparados* a ella.

81 Badeni, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, p. 196.

82 Votos de Belluscio en autos “Petric, Domagoj” (Fallos 321:885, considerando 7) y V3zquez en “Mendes Valles” (*El Derecho*, Buenos Aires, 167:13).

83 La CSJN deber3a haber dicho “instrumentos” en lugar de “tratados”, ya que hay nueve tratados y dos declaraciones.

84 Voto de Nazareno, Molin3 O’Connor y L3pez, considerando 11.

A los pocos meses de entrada en vigencia la reforma, en el fallo “*Giroldi*”, la Corte afirmó que la frase del artículo 75 inciso 22 referida a “las condiciones de vigencia” de los instrumentos internacionales de derechos humanos significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que —a pesar de los términos generales usados por la Corte Suprema— el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país es ese.

De todos modos, si bien esta afirmación tan explícita es novedosa, el fondo del asunto no lo es, ya que en el fallo “*Ekmekdjian c/Sofovich*” ya analizado, la CSJN había utilizado la opinión consultiva 7 de la Corte Interamericana como pauta interpretativa para la aplicación del PSJCR, afirmando que esa interpretación debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁸⁵ Asimismo, en *Servini de Cubría*⁸⁶ de 1993 varios jueces reiteraron esa postura.⁸⁷ La novedad radica en que al momento de dictarse “*Giroldi*”, el referido Pacto ya gozaba de jerarquía constitucional, y la importancia del mismo está en el hecho de que el fallo en cuestión hizo suyos los criterios de la Corte Interamericana en materia de doble instancia e invalidó, con base en ella, una ley del Congreso que la restringía.⁸⁸

La aplicación de esa jurisprudencia como pauta interpretativa debe hacerse, creemos, en forma dinámica, es decir que se debe tomar en cuenta no sólo la jurisprudencia dictada hasta el momento de la reforma constitucional o hasta la fecha del referido fallo, sino también toda la que en el futuro emane de la Corte Interamericana.⁸⁹ De esa manera logramos modernizar en forma permanente el sistema constitucional ar-

⁸⁵ Considerando 21 del voto mayoritario.

⁸⁶ *El Derecho*, Buenos Aires, 149:265.

⁸⁷ Considerando 12 del voto de Barra, y considerando 15 del voto de Boggiano.

⁸⁸ Artículo 459 inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación.

⁸⁹ Sobre una interpretación dinámica y otra estática de esta cláusula, puede verse Barroso, Fernando, “De las relaciones jerárquicas verticales y de las condiciones de preferencia horizontales para la resolución de conflictos normativos absolutos”, en la obra colectiva *Avances de Investigación en y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, McGraw-Hill, 1996, p. 163.

gentino con las interpretaciones de esa Corte, en una sana aplicación del principio de progresividad de los derechos humanos.

Un año más tarde, en el fallo “*Bramajo*”, nuestra Corte ensanchó aún más los horizontes de esta norma, al sostener que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debía “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” de los tratados de derechos humanos, con lo cual podía colegirse que los informes emanados de la Comisión en casos de denuncias individuales también integraban las condiciones de vigencia de la Convención (y también de la Declaración) Americana de Derechos Humanos. Pero a fines de 1998, en el fallo “*Acosta*” la Corte Suprema limitó esa posible interpretación ya que sostuvo que, si bien el Estado argentino debe esforzarse por dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión,

ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial... La jurisprudencia internacional por más novedosa y pertinente que se repunte no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales —equiparable al recurso de revisión— pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional.

El voto de los doctores Boggiano y Bossert, en cambio, sostiene: “Frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión... todos los jueces de jerarquía y fuero están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos”.

Lo decidido en los fallos “*Acosta*” y “*Bramajo*” ha sido objeto de una interpretación armonizante por parte del profesor Sagüés,⁹⁰ con la cual coincidimos, en el sentido que las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para interpretar los instrumentos americanos de derechos humanos, pero que los jueces pueden apartarse de aquéllas, puesto que dichas recomendaciones no son vinculantes.

En el fallo “*Felicetti*” de diciembre de 2000, la Corte reiteró lo sostenido en “*Acosta*” e hizo hincapié en una frase contenida en la recomendación que Comisión Interamericana había formulado a la Argentina,

⁹⁰ Sagüés, Néstor, nota a fallo en *Jurisprudencia Argentina*, 30 de junio de 1999.

para decidir que dicha recomendación sólo tenía efecto “*en lo sucesivo*” pero que no podía generar la revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, agregando que las recomendaciones no pueden aplicarse retroactivamente (considerando 7), sino que las mismas son dirigidas al Estado para que adopte medidas progresivas adecuando sus leyes y constituciones (considerando 14).

En el mismo fallo “*Felicetti*”, una ajustada mayoría⁹¹ sostuvo:

Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto (se refiere al artículo 8o., inciso 2 apartado “h”, del PSJCR) con el artículo 117 de la Constitución... pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido por el artículo 75 inciso 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución, semejante conflicto carecería de clara solución.

Esta afirmación se dirige directamente al problema de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos en el artículo 75 inciso 22 en relación con la Constitución nacional. Y resulta peligrosa por cuanto si la interpretamos *a contrario sensu*, parecería que si la pugna se planteara entre el PSJCR y una norma de la primera parte de la Constitución, la solución sería distinta. Por nuestra parte, rechazamos esa interpretación porque complica más de lo que aclara, a la vez que carece de apoyatura en el texto de la norma, que es muy claro respecto a la jerarquía uniforme de la Constitución y los instrumentos internacionales mencionados en ella. Incluso creemos que el fallo recién citado, en caso de ser interpretado de ese modo, significaría un paso hacia atrás, ya que la Corte Suprema, con la misma composición, había dirimido la discusión sosteniendo una interpretación que coincide —en general— con la que proponemos, en los fallos “*Chocobar*” y “*Monges*” ya referidos.

Para concluir, debemos, destacar la utilidad que reviste la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos como pautas para la interpretación de los instrumentos internacionales, el valor docente que tienen y el papel primordial que han cumplido en el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. Por todo

⁹¹ Integrada por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, López, Belluscio y Vázquez.

ello, su incorporación a nuestro sistema constitucional resulta sumamente provechosa para ampliar el catálogo de los derechos humanos.

VIII. PAÍSES DEL CARIBE PERTENECIENTES AL COMMONWEALTH

Aun cuando estos países no pueden ser considerados “iberoamericanos”, resulta interesante referirse a ellos puesto que podemos detectar en su práctica jurisprudencial una tendencia en el mismo sentido de la que venimos describiendo para el resto del continente. Nos referimos principalmente a Bahamas, Jamaica, Barbados, Trinidad y Tobago, Bermuda, San Vicente y Guyana. Ello, pese a tener sistemas jurídicos en su mayor parte no escritos, y a los lazos que mantienen con la ex metrópoli como pertenecientes al *Commonwealth* o Comunidad Británica de Naciones, en virtud de lo cual la última instancia judicial de estos países se encuentra en el *Privy Council*,⁹² con sede en Inglaterra.

El primer paso en ese sentido se dio en 1979, en un caso relativo a la Constitución de Bermuda, Lord Wilberforces, integrante del referido órgano jurisdiccional, sostuvo que el capítulo referido a derechos y libertades fundamentales del individuo estaba fuertemente influenciado por la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (la cual había sido ratificada por el Reino Unido y aplicada a sus territorios, incluido el de Bermuda) y por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que “esos antecedentes imponen una interpretación generosa y amplia del referido capítulo”.⁹³ Es decir, que los instrumentos internacionales de derechos humanos influían en la interpretación de las normas constitucionales, provocando una mayor amplitud en el reconocimiento de derechos y libertades. No obstante, los

⁹² El *Privy Council* es un cuerpo ceremonial que presta servicios consultivos a la corona británica. Está compuesto de miembros y ex miembros del gabinete, y de figuras importantes en el Reino Unido y en el *Commonwealth*. Se divide en distintos comités, cada uno de ellos con una función específica (asuntos universitarios, profesionales, religiosos, coloniales, etc.) dentro de los cuales el más importante es el judicial (*Judicial Committee*) que ejerce la función de última instancia de apelación para la mayoría de los países del *Commonwealth*.

⁹³ Asunto “*Minister of Home Affairs vs. Fischer*” (1980) A.C. 319, esp. 328; citado por Barnett, Lloyd G., “International Human Rights Norms and Their Domestic Application: Judicial Methods and Mechanisms”, *Revista IIDH*, núm. 29, San José, enero-junio de 1999, pp. 12 y ss., esp. 14.

tribunales siempre han requerido la incorporación de los instrumentos internacionales al derecho interno como requisito previo para su aplicación en sede nacional,⁹⁴ lo cual refleja que no se han despojado totalmente de la costumbre de su ex metrópoli, el Reino Unido, a la que nos hemos referido más arriba.⁹⁵

En el Coloquio Judicial de la Comunidad Británica de Naciones, celebrado en Bangalore (India) en 1988, se sostuvo, con referencia a las normas internacionales de derechos humanos, lo siguiente:⁹⁶

... existe una tendencia creciente en las cortes nacionales a considerar estas normas internacionales con el propósito de decidir casos donde la ley doméstica —constitucional, legal o de derecho común— es incompleta o ambigua. Esta tendencia es enteramente bienvenida porque respeta la universalidad de los derechos humanos y libertades fundamentales... Es propio de la naturaleza misma del proceso judicial considerar las obligaciones internacionales que un país asume —hayan sido o no incorporadas al derecho interno— con el propósito de remover ambigüedades y vaguedades del derecho interno (el destacado nos pertenece).

Nótese que la frase destacada no está referida a la aplicación directa de la norma internacional, sino a su utilización con fines interpretativos de la legislación interna.

A partir de 1994, la jurisprudencia del *Privy Council* dio un paso adelante al comenzar a prestar atención a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos, en cuanto éstos imponen a los Estados un deber de observar estrictamente todas las garantías de un juicio justo —tal como lo regulan los instrumentos internacionales— en los casos en que se aplique la pena capital. Incluso ha sostenido que “las autoridades estatales deben tomar

⁹⁴ Por ejemplo, en el caso “*Dunkley and Robinson vs. R.*” (1994) 45 W.I.R. 318, fallado por el Privy Council y referido a Jamaica, se rechazó la aplicación del PIDCP por ese motivo; y en el caso “*Peters vs. Marksman*” fallado por la Corte Suprema de San Vicente y las Granadinas, se aplicó la Declaración de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, porque había sido incorporada al derecho interno (sentencia 246 del 31 de julio de 1997, inédita, citada en Barnett, L. G., *ibidem*, p. 17).

⁹⁵ Ver *supra*, capítulo referido a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en la práctica internacional y constitucional.

⁹⁶ Citado por Barnett, Lloyd G., *op. cit.*, p. 18.

como guía y respetar las opiniones de los órganos internacionales aun cuando ellos no fueran legalmente vinculantes”.⁹⁷ Esta postura ha sido calificada por la doctrina como una “técnica judicial bien establecida”.⁹⁸

En el Séptimo Coloquio sobre la Aplicación de las Normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ámbito Doméstico, celebrado en Georgetown en septiembre de 1996, se avanzó más aún al declarar, entre otras, la siguiente conclusión:

Los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia que los desarrolla encierran valores y principios de igualdad, libertad, racionalidad y justicia reconocidos por el *common law* en la actualidad. Ellos deben ser contemplados como complementarios del derecho interno en los tribunales nacionales. Estos instrumentos han inspirado muchas de las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales en y mas allá del *Commonwealth*; hay que reconocerles, por lo tanto, rango constitucional en todos nuestros territorios.

Es decir, no se habla ya del valor interpretativo de las normas internacionales sino que se les asigna la máxima jerarquía en el derecho interno.

IX. REPASO Y CONCLUSIONES

1. En derecho constitucional, las fórmulas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos son muchas y variadas, pero es posible identificar la existencia de una fuerte corriente durante el último cuarto del siglo XX, por la cual las Constituciones de Iberoamérica, han contenido referencias a esta rama del derecho.
2. En la Constitución de Portugal de 1976 es, a los efectos, de interpretar e integrar los derechos contenidos en la Constitución y en las leyes, como así también para completar el sistema. En ella no se habla de jerarquías. La referencia a la DUDH ha sido ampliada por la jurisprudencia a otros instrumentos de derechos humanos.
3. En la de España de 1978 se le negó el carácter de fuente complementaria de derechos, y se utiliza sólo para interpretar los recono-

⁹⁷ Caso “*Pratt and Morgan*” (1994) 2 A.C.1.

⁹⁸ Barnett, Lloyd G., *op. cit.*, p. 20.

cidos en la carta magna. Tampoco se habla de jerarquías, y el uso que la jurisprudencia ha hecho del derecho internacional de los derechos humanos ha generado los conceptos de “interpretación conforme” y “Estado internacionalmente limitado”.

4. La Constitución de Perú de 1979 fue la primera en hablar de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, pero lamentablemente las mayorías políticas de ese país reemplazaron, en 1993, esa Constitución por otra que es idéntica a la española. La doctrina de ese país ha hecho enormes esfuerzos por extraer de esa norma una interpretación similar a la que emanaba de la ley fundamental de 1979. Incluso algunos se animan a hablar de “bloque de constitucionalidad”.
5. Las Constituciones de Brasil de 1988 y de Chile de 1980-1989 si bien se refieren a los derechos humanos, contienen fórmulas débiles ya que sólo lo hacen como fuente complementaria de derechos, sin hablar de jerarquías y sin colocarlos como pautas interpretativas de la normativa interna.
6. Las Constituciones de Nicaragua de 1987-1995 y de Paraguay de 1992 no se refieren a la jerarquía que debe ocupar la normativa internacional sobre derechos humanos pero, en el caso paraguayo le da la misma rigidez que a la Constitución; y en el caso nicaragüense formula una interesante enumeración de instrumentos internacionales como fuente directa de derechos que permitiría a sus tribunales reconocerles jerarquía constitucional, lo cual lamentablemente no hicieron. La Constitución de Ecuador tampoco asigna jerarquía a los tratados pero establece su inmediata operatividad.
7. Las Constituciones de Guatemala de 1985-1994 y de Venezuela de 1999 contienen fórmulas vehementes de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, que se encaminan a darle prioridad sobre toda la normativa interna (creemos que incluida la Constitución). No obstante, la jurisprudencia de esos países ha sido restrictiva y ha mitigado dicha jerarquía, reconociéndoles solamente el carácter supralegal pero infraconstitucional, tolerando incluso (en el caso colombiano) violaciones abiertas y explícitas del Pacto de San José de Costa Rica.
8. La Constitución de Costa Rica, pese a su parquedad, ha dado pie a una interpretación generosa y avanzada de sus términos, habiéndose consagrado jurisprudencialmente la jerarquía constitucional de

las normas y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional. Asimismo, hemos mostrado cómo la doctrina utiliza la expresión “derecho de la Constitución” para denominar el conjunto de normas de valor constitucional estén o no contenidas en el texto de la carta magna, e incluyendo en él a las normas internacionales de derechos humanos.

9. Las Constituciones de Colombia de 1991 y de Argentina de 1994 establecen expresamente la jerarquía suprema de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Afortunadamente, la jurisprudencia de esos países ha estado a la altura del Constituyente y no ha recortado con interpretaciones estrechas la sabiduría del texto constitucional, sino que lo ha enriquecido con interpretaciones extensivas, especialmente en lo atinente al valor de la jurisprudencia internacional de derechos humanos en derecho interno. La Constitución argentina, además, combina varios de los sistemas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos que regían en otros países latinoamericanos, y al mismo tiempo innova al otorgar expresa jerarquía constitucional a once instrumentos expresamente mencionados en el texto de la carta magna. Asimismo, deja la posibilidad al legislador ordinario de agregar nuevos tratados a la lista de instrumentos internacionales que gozan de la máxima jerarquía o de eliminar alguno de ellos del sistema jurídico argentino.
10. En el caso de los países pertenecientes a la Comunidad Británica de Naciones, la jurisprudencia del máximo órgano judicial que los rige ha comenzado a fines de la década de 1970, a reconocer a los instrumentos internacionales de derechos humanos el valor de pauta interpretativa de las Constituciones, estén o no incorporados al derecho interno. Asimismo, las conclusiones de los coloquios en que participan los magistrados pertenecientes a estos países, han llegado a sostener el valor constitucional de esos instrumentos.

Luego de este somero repaso de las distintas Constituciones, advertimos que, en aquellos casos en que el Constituyente se tomó el trabajo de consagrar expresamente la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Perú de 1979, Colombia y Guatemala), la jurisprudencia ha sido reacia a reconocerla en la práctica, a

pesar de la claridad de los textos, los cuales permanecieron como mera declamación. La única excepción a ello es el caso argentino. Pareciera que los jueces nacionales tuvieran una especie de temor o de chauvinismo que los lleva a mitigar esas fórmulas constitucionales en su interpretación frente al caso concreto. Contrariamente a ello, las fórmulas constitucionales menos pretenciosas (Costa Rica) sea que sólo se remiten a los instrumentos internacionales como pauta interpretativa (Portugal, España, Perú 1993) o como fuente complementaria (Portugal, Brasil, Chile), han tenido buena acogida en la jurisprudencia, que les ha dado, generalmente una interpretación extensiva.

Pero más allá del modo en que cada Constitución se refiere a los instrumentos internacionales de derechos humanos, el sólo hecho que la carta magna se refiera a ellos, tiene honda importancia en cuanto a que el *contenido* de todos esos instrumentos internacionales pasa a tener valor constitucional, independientemente de la jerarquía que explícita o implícitamente se confiera al *continente*, esto es, el tratado o la declaración de que se trate. En este punto seguimos a Ayala Corao,⁹⁹ que expresa, sin ambages, que

el problema jurídico formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el derecho interno, deja de tener relevancia... en virtud de que desde el punto de vista material, su objeto o contenido (los derechos humanos) va a equipararse al mismo rango que los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos humanos, por esta vía, son igualados a los derechos de la Constitución. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y el valor... de la Constitución misma.

⁹⁹ Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía de los tratados de derechos humanos”, en Méndez Juan y Cox Francisco editores, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, IIDH, 1998, pp. 137 y ss., esp. 147.