

LOS DERECHOS HUMANOS: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL

Héctor GROS ESPIELL

I

1. El tema de los derechos humanos ha incidido prácticamente en todos los capítulos del derecho internacional, provocando un profundo cambio y una generalizada renovación. Ha sido durante los últimos años uno de los elementos esenciales para la transformación del derecho internacional clásico en el derecho internacional contemporáneo.¹

Esta incidencia se ha manifestado asimismo en la contribución que el tema ha aportado a la cuestión de la delimitación de las materias reguladas por el derecho internacional y el derecho interno. En efecto, la idea tradicional de que existía un ámbito o un espacio propio del derecho interno y otro totalmente diferente del derecho de gentes, cada uno de los cuales contenía una materia distinta, hace años que ha perdido toda validez y significación.

Hoy se comprende y se sabe que los límites de los dos derechos son imprecisos, cambiantes y evolutivos² y que hay temas —y en el proceso de cambio previsible de la historia sin fin habrá en el mañana otros muchos— que están en la materia de ambos.

Del mismo modo que cada vez se desdibujan más los límites entre el derecho público y el derecho privado y los antiguos criterios para diferenciarlos son ya inútiles, el derecho internacional se ha ido superponiendo al derecho interno y muchos temas de importancia creciente se encuentran, en lo que respecta a su regulación jurídica, en el ámbito del derecho del Estado y, asimismo, en el del derecho de la comunidad internacional.

¹ Gros Espiell, Héctor, "El derecho internacional y los derechos humanos", en *Estudios sobre derechos humanos*, I, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 24.

² *Id.*, Los derechos humanos y la jurisdicción interna de los estados; Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso de los decretos de nacionalidad expedidos en Túnez y Marruecos, Serie B, núm. 4; Corte Internacional de Justicia, Recueil, 1960, pp. 24-25.

Entres estas cuestiones, objeto de un tratamiento jurídico bifronte, está el de los derechos humanos. Es más, puede decirse que este tema —tomado, en su expresión más lata, incluyendo lo relativo a la nacionalidad,³ el derecho humanitario y el derecho a los refugiados—⁴ ha sido la punta de lanza, el ariete, que ha roto la delimitación rígida e impermeable del derecho internacional, alterando profundamente los conceptos de jurisdicción interna, dominio reservado, no intervención y soberanía.⁵

Hoy materias como las relativas a los derechos humanos, *latu sensu*, medio ambiente y bioética, por ejemplo, no sólo son objeto simultáneamente de regulación interna e internacional, sino que es preciso y necesario que sea así para asegurar su adecuada e integral garantía —dentro de la relatividad de lo que el derecho puede hacer— y la eficiencia del esfuerzo para asegurar su protección, en función de principios y de fines comunes a la humanidad toda.

La lista de estos temas situados al mismo tiempo en el campo normativo interno e internacional ha de evolucionar y, si se mantienen las actuales tendencias, ampliarse de una manera significativa. Cuestiones como la integración económica, monetaria y política y el estatus de los regímenes políticos internos ante el derecho internacional, para la salvaguarda de la democracia, son entre otros muchos, asuntos que pueden ir entrando en la materia internacional.

Todos estos temas —espacio compartido (*domaine partagé*)— del derecho de gentes y del derecho interno, presentan así, dos caras, dos partes, una que mira hacia adentro, regulada por el derecho interno, otra hacia afuera que es objeto del derecho internacional. Al igual de las dos caras de Jano, son temas de doble faz. Este fenómeno es, sin duda, uno de los más interesantes de la actual realidad jurídica.

Esta situación ha tenido, como una de sus múltiples consecuencias, la de que los modernos tratados en materia de derechos humanos —al referirse a una cuestión que no se limita sólo a la relación exterior entre dos o varios estados, sino que se proyecta necesariamente en el ámbito interno y que supone la atribución de derechos y obligaciones a los seres humanos— exigen su aplicación directa en el interior del Estado y la atribución de una jerarquía normativa, adecuada a esta exigencia.⁶

3 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 20 (Derecho a la nacionalidad); Corte Internacional de Justicia, sentencia del 6 de abril de 1955; Corte Permanente de Justicia Internacional, serie B, núm. 7; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultativa 00484 del 19 de enero de 1984.

4 Gros Espiell, Héctor, "Internacionalización y universalización del tema de los derechos humanos", en *Estudios*, cit., I, pp. 18 y ss.; *id.*, "Elecciones y derecho internacional", en *Derechos Humanos*, cit., Lima, 1991, p. 279; *id.*, "Les Droits de l'Homme et le Droit International Humanitaire", *Bulletin des Droits de l'Homme*, 91/1, Nations Unies, New York, 1992; *id.*, "El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana", en *Estudios*, cit., II, Madrid, 1988, p. 285.

5 *Id.*, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Santiago de Chile, 1991, p. 207; *id.*, "Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno", en *Estudios*, sobre derechos humanos, II, Madrid, 1988; *Introducción al libro Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Montevideo, 1989.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultativa 2/82 del 24 de septiembre de 1982; Héctor Gros Espiell, "Los tratados...", *cit.*

2. Si la materia relativa a los derechos humanos es hoy común —con las precisiones y condicionantes que luego haremos—, al derecho interno y al derecho internacional, es evidente que es el derecho constitucional, por su propia naturaleza, la rama del derecho interno que tiene por objeto y se ocupa primordial, pero no exclusivamente, de la declaración, garantía y protección de los derechos humanos en el interior del Estado. Es por ello que en este estudio nos referimos al derecho constitucional y al derecho internacional como expresión ejemplificante del aporte de la totalidad del orden jurídico a la defensa de los derechos humanos.

3. Los derechos humanos constituyeron tradicionalmente una materia propia del derecho constitucional, es decir de la rama del derecho interno relativa a la organización del Estado y del gobierno y a los derechos y deberes de los habitantes y, en lo pertinente, de los nacionales y de los ciudadanos. Desde fines del siglo XVIII, en que surge el constitucionalismo moderno, los derechos humanos fueron una de sus partes necesarias, primero incluidos en textos declarativos, como la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y la Declaración —francesa— de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en los textos de igual naturaleza que la siguieron.⁷ Luego en el cuerpo mismo de los textos constitucionales. En todo el proceso de expansión del constitucionalismo —en el siglo XIX, con su proyección en América Latina luego de la formación de los nuevos estados después de la independencia, en otras regiones del mundo y en el siglo XX, con la renovación constitucional de la primera posguerra, con el surgimiento del Estado soviético, con el periodo de cambios constitucionales que siguió al fin de la Segunda Guerra Mundial y con la universalización del constitucionalismo, como consecuencia del fin del colonialismo tradicional en África, Asia, Oceanía y el Caribe—, la cuestión de la declaración, enumeración, protección y garantías de los derechos humanos ha estado siempre presente.

Desde el inicio, las más importantes declaraciones de derechos humanos, incluidas o no en las constituciones, pretendieron afirmar una verdad universal.⁸ Es decir, declarar derechos poseídos por todos los hombres y no sólo por los integrantes de una determinada y concreta sociedad política. Pero este tipo de protección, de raíz filosófica y de sentido político, no significaba ignorar que esos textos integraban el derecho constitucional de un Estado y tenían jurídicamente una aplicación, una significación y una validez nominativa referida sólo a ese Estado.

7 Gros Espiell, Héctor, "Los doscientos años de la Declaración Francesa de 1789", en *Derechos Humanos*, Lima, 1991, véase nota 45 y *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789; Ses Origines et sa Pérennité. La Documentation Française*, Paris, 1990; *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la Jurisprudence*, Conseil Constitutionnel, Paris, 1982.

8 " 'Le Mondialisme' de la Déclaration de 1789", en Jacques Robert, *Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales*, 5ème. Edition, Montchristien, 1993, pp. 42-43.

4. Con algunos precedentes concretos en casos como prohibición de esclavitud y la protección de minorías, en los cuales algunos tratados internacionales del siglo XIX habían ya previsto una competencia internacional, fue en nuestro siglo, a partir del fin de la Primera Guerra Mundial, que comenzó el proceso de parcial internacionalización del tema de los derechos humanos.

Es verdad, sin embargo, que esta cuestión estaba ausente del Pacto de la Sociedad de Naciones y del Tratado de Versalles. Pero no es menos cierto que la parte XIII de este tratado, que creó la Organización Internacional del Trabajo, se refirió a los derechos sociales e hizo de su promoción y protección una competencia de la organización.⁹ Los tratados de paz que fueron resolviendo las diferentes situaciones nacidas del fin de la guerra (Tratado de Trianón, San Germán, etcétera), así como otras convenciones internacionales de la época incluyen disposiciones sobre protección de minorías, con un sistema procesal propio para hacer efectiva esa protección, lo que significaba entrar internacionalmente en el ámbito de los derechos humanos de los integrantes de esas minorías, que no serían ya protegidos únicamente por el derecho constitucional interno.¹⁰

Pero fue luego del fin de la Segunda Guerra Mundial, asimilada la terrible enseñanza de las masivas e impunes violaciones de los derechos humanos resultantes de la barbarie nazista, que el derecho internacional comenzó a encarar, con carácter general, la cuestión de los derechos humanos.¹¹

La Carta de las Naciones Unidas, fundada en la voluntad de los pueblos de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres", la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos pactos internacionales de derechos humanos, el Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos, los otros múltiples instrumentos internacionales emanados de las Naciones Unidas en la materia, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales y la Carta Africana de Derechos Humanos, son algunos de los textos internacionales que, en un proceso de casi cincuenta años, todavía abierto e inacabado, han ido haciendo entrar la declaración, garantía y protección de estos derechos en la esfera de la competencia internacional.

El párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas relativo a la no intervención de la organización "*en los asuntos que son exclusivamente de la jurisdicción interna de los estados*", que en los primeros años de aplicación de

⁹ Gros Espiell, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo y de los Derechos Humanos en América Latina*, México, UNAM, 1978.

¹⁰ *Id.*, "Los derechos humanos y la protección de minorías", Informe al Congreso de la Unión Internacional de Abogados, San Francisco, 1993.

¹¹ *Id.*, "Las Naciones Unidas y los derechos humanos", en *Estudios, cit.*, II.

la carta fue invocado para mantener el ámbito del intocable dominio interior y soberano de los estados, se interpreta hoy, incluso por la Corte Internacional de Justicia,¹² en un sentido distinto ya que, en virtud de la evolución del derecho internacional, y como consecuencia de los tratados que regulan internacionalmente esa materia, los derechos humanos no son un asunto que pueda considerarse estrictamente de la jurisdicción interna de los estados, sino por el contrario, un tema, un objeto, regulado y cubierto jurídicamente, de manera simultánea, por el derecho interno y por el derecho de gentes.

II

5. En el derecho internacional actual los derechos humanos son concebidos en su universalidad, como teniendo un fundamento común: la dignidad de la persona.¹³

La idea de la dignidad como expresión del valor de la persona humana se encuentra ya en el párrafo segundo del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y fue precisada y reafirmada, como base de esa necesaria concepción universal de los derechos humanos, en la Declaración Universal de 1948.

Esta concepción fue repetida en prácticamente todos los documentos internacionales posteriores. Por ejemplo, la Proclamación de Teherán de 1968 “declara solemnemente” en su párrafo 2 que “La Declaración Universal enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de

12 Corte Internacional de Justicia. Caso Barcelona Traction, sentencia del 5 de febrero de 1970, párrafos 33-34; Opinión Consultativa sobre Namibia, Recueil, 1971, párrafo 171; Caso de los Rehenes Americanos en Irán, Recueil, 1980, párrafo 91.

13 Gros Espiell, Héctor, “Derechos humanos. Derecho internacional y política internacional”, en *Estudios*, cit., I, p. 11; Ardao, Arturo, “El hombre en cuanto objeto axiológico”, en *Ensayos en Honor de Risieri Frondizi*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1980. Este autor ha dicho: “Pero en todo momento, cualquiera sea su edad o su normalidad —y cualquiera sea su grado de dignidad o de indignidad moral— ostenta aquella interior dignidad que le viene, no de ser un hombre de dignidad, sino de tener la dignidad de un hombre. Semejante dignidad anterior e independiente de la dignidad moral, que ni se conquista ni se pierde es una dignidad, a diferencia de aquélla, ontológica tanto como axiológica. En otros términos: no ya axioética como la dignidad moral, sino originariamente axio-ontológica... De la dignidad eminente o intrínseca extrae su razón de ser un conjunto de principios cuyo titular no es ni la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre, sino cada hombre en su personal concreción; los derechos humanos, la igualdad natural... Es en ese primario orden de valoración del hombre por el hombre que se radica la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El primer Considerando hace expreso ‘reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana’; y el quinto afirma la ‘fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres’. Conforme a ello, la primera parte del artículo primero sienta apodícticamente: ‘Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos’”. Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993. Preámbulo. Párrafo 2, que dice: “Reconnaisant et affirmant que tous les droits de l’homme découlent de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine, que la personne humaine est le sujet même des droits de l’homme et des libertés fondamentales et que, par conséquent, elle doit en être le principal bénéficiaire et participer activement à leur réalisation”.

todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”.

Pero la aceptación de esta idea universal no implica desconocer o negar las realidades regionales y la incidencia de las diferentes culturas, civilizaciones y sistemas jurídicos. Por eso el documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), dice al respecto en su párrafo 5:

Todos los Derechos del Hombre son universales, indisociables, interdependientes e íntimamente ligados. La comunidad internacional debe tratar los derechos del hombre globalmente, de manera equitativa y equilibrada, sobre un pie de igualdad y acordándoles la misma importancia. Si bien es conveniente no perder de vista la importancia de las particularidades nacionales y regionales y la diversidad histórica, cultural y religiosa, es deber de los estados, cualquiera sea el sistema político, económico y cultural, de promover y proteger todos los derechos del hombre y todas las libertades fundamentales.

6. En el derecho constitucional comparado se hallan diferentes concepciones de los derechos humanos, lo que supone la existencia de diversos criterios sobre su naturaleza y fundamento. Desde la predominante corriente, fundada en la filosofía iusnaturalista que atribuye a los derechos humanos un carácter consustancial con la naturaleza misma del hombre, lo que los hace innatos, imprescriptibles e irrenunciables, anteriores al Estado y a la organización política, limitables, sólo por la ley en función del bien común, que la Constitución declara y protege, pero no crea y cuya enumeración constitucional no es taxativa ni excluyente,¹⁴ hasta los textos fundados en ideas culturales o religiosas diversas o en conceptos filosóficos o jurídicos opuestos, la variedad de la fundamentación es múltiple y variable.

Pero no hay duda que pese a estas diversidades, se ha ido produciendo una confluencia en el sentido de que, con diferencias aun muy importantes, se va aceptando la idea de la dignidad, individualidad e igualdad —en el sentido de proscripción de toda discriminación— de todos los individuos de la especie humana, como fundamento universal y común de los derechos humanos.

En esta aproximación —en los sistemas constitucionales comparados— de las diferentes corrientes filosóficas, culturales y jurídicas en la materia, ha jugado y juega un papel uniformizador esencial el derecho internacional de los derechos humanos.

7. Del mismo modo, la idea de que la persona humana es el objeto y el fin de la sociedad política y de que la comunidad internacional no es una mera suma de estados para coordinar intereses contrapuestos o antagonicos, sino que es, o mejor

¹⁴ Bidart Campos, Germán J., “Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho constitucional de los derechos humanos”, en *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, tomo I, Bogotá, 1990.

dicho debe ser, un orden, de paz y justicia, cuyo fin último es también el ser humano, se ha ido abriendo camino hacia su universal implantación.¹⁵

Este proceso cumplido en el derecho internacional ha incidido en el derecho constitucional y, en especial después del fin del imperio soviético y de las llamadas democracias populares, se ha reflejado en los nuevos textos constitucionales, ya en vigencia o en preparación, de la Europa oriental y en los estados nacidos como consecuencia del desmembramiento de la Unión Soviética.¹⁶

III

8. No puede hoy estudiarse la cuestión de los derechos humanos y su ubicación ante el derecho constitucional y el derecho internacional, sin tener en cuenta que actualmente —sin que se pueda asegurar que ello será igual en el futuro— el control o protección internacional de los derechos humanos —sea de carácter universal o regional— es subsidiario de la protección interna o nacional.

Es decir, que la protección interna —que a su vez constituye una exigible obligación internacional—, ha de ejercerse previamente a la internacional y sólo en defecto o en ausencia de ella, entra en juego el sistema internacional de protección.

Esta subsidiariedad —que tiene un sentido distinto y en cierto sentido opuesto a lo que significa el principio de subsidiariedad en el derecho de la integración—¹⁷ es la consecuencia de lo que todavía es la soberanía estatal y de lo que es hoy la competencia internacional de control del respeto de los derechos humanos por los estados que integran la comunidad internacional.

9. Sin embargo, hay que tomar esto con cuidado y sin pretensión de que constituya una verdad general y absoluta. Si bien es cierto que la protección

15 Gros Espiell, Héctor, "En el IV Centenario de Hugo Grocio. El nacimiento del derecho de gentes y la idea de comunidad internacional", en *Estudios en Honor de Antonio Truyol y Serra*, Madrid.

16 Gros Espiell, Héctor y Correa Fleitas, Rubén, *Los recientes cambios constitucionales en Europa oriental*, FCU, Montevideo, 1990; Gros Espiell, Héctor, "La duración y fin del Estado soviético", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo XLIII, núms. 187-188, 1993.

17 "El principio de subsidiariedad tienen un sentido distinto en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comunitario. En el derecho internacional de los derechos humanos significa que la protección internacional —universal o regional—, es subsidiaria, consecutiva, de la protección nacional, es decir posterior o subsiguiente. En el derecho comunitario, en cambio, quiere decir que en virtud de la subsidiariedad existe o nace una competencia comunitaria cuando no se ha ejercido la competencia nacional correspondiente. Es un criterio dirigido a complementar o ampliar las competencias comunitarias, en virtud del cual pueden ejercerse competencias comunitarias que no son exclusivas. La cuestión ha sido incluso objeto de regulación en el tratado de Masstrich (artículo 3 b del título II)". Véase Marie France Christophe Tchakaloff, "La subsidiarité: du vice et de la vertu de l'ambiguïté", *Revue Politique et Parlementaire*, 95^e année, n° 964, mars-avril 1993, pp. 70-78; Chantal Millon-Delson, "Ingérence et non Ingérence de l'Etat, Le Principe de Subsidiarité", P.U.F., Paris, 1992. El Consejo de Estado de Francia, en su informe de 1992, ha dedicado a este ambiguo principio comunitario, reflexiones críticas muy pertinentes (Conseil d'Etat. Rapport Public, 1992. La Documentation Française, Etudes et Documents, n° 44, pp. 25-26". Cornu, Marie, *Compétences Culturelles en Europe et Principe de Subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

internacional de los derechos humanos por la vía de los procedimientos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales previstos en los distintos instrumentos internacionales pertinentes, es subsidiaria de la protección interna, no es menos cierto que la consideración internacional, global y general, de la situación de los derechos humanos en uno o más estados, no es subsidiaria ni subsiguiente del funcionamiento o no funcionamiento de la protección nacional e interna.

La obligación de los estados de informar sobre la situación de los derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción está impuesta en todas las convenciones, universales o regionales, en la materia. La discusión de situaciones de ese tipo en organismos internacionales, la designación de relatores especiales, de enviados especiales, de comisiones de investigación —aunque con una actuación siempre subordinada *in loco* a la autorización del gobierno del estado receptor—, el funcionamiento de comisiones preestablecidas (como es el caso del ejercicio de algunas de las competencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), y la presentación, difusión y publicación de informes generales, sobre un país en un momento dado, está jurídicamente prevista y se ha transformado, en la práctica internacional, en algo normal y constante.

Y este tipo de acción, ya sea universal o regional, no está condicionada al funcionamiento, o no funcionamiento previo, de los procedimientos internos.

10. El principio de la subsidiariedad de la protección internacional, constituye el fundamento de la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos para poder acceder a la jurisdicción internacional.¹⁸

Esta exigencia, inscrita con carácter general en el actual derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 41; Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5, b; Convención Europea Derechos Humanos, artículo 26; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 46.1.a) y 2.a), b) y c); Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, artículo 60, no es absoluta, incondicional e ilimitada. Existe y se aplica “conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”.¹⁹ Esto significa que si bien el requerimiento del agotamiento previo de los recursos internos es un presupuesto exigible, no ha sido establecido para impedir o trabar el acceso a la protección internacional, ni para hacer posible que el Estado obstruya o dificulte arbitrariamente dicho acceso, sino tan sólo para que, en condiciones de normalidad, exista la oportunidad del necesario ejercicio previo de la jurisdicción interna. De tal modo, cuando no existe en la legislación interna el debido proceso legal para la

¹⁸ Cançado Trindade, Antonio, “The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, en *International Law*, Cambridge University Press, 1983; Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea*, cit., pp. 146-151; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 46, 2, a, b, c. La Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre la base de un texto general, que se refiere sólo al respeto de los principios generales de derecho internacional ha llegado a los mismos criterios.

protección del derecho o derechos que se alega han sido violados, cuando no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos a la jurisdicción interna o se la haya impedido de agotarlos o cuando ha habido retardo injustificado de la decisión sobre los mencionados recursos, es posible ir directamente a los recursos de protección internacional.²⁰

Lo que nunca puede admitirse, lo que no se acepta, es que la exigencia del agotamiento de los recursos internos sea interpretada o aplicada como una imposición maliciosa para impedir o dificultar, sin razón valedera el acceso a la protección internacional.

Esta cuestión de la exigencia del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna es hoy el mejor ejemplo de la complementación del derecho constitucional y del derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos.

Una prueba, entre muchas otras posibles, de este apoyo recíproco entre ambos derechos con el objetivo de la mejor defensa de los derechos humanos, es lo que el *ombudsman* interno, especialmente el judicial, puede significar en el control de la exigencia del agotamiento de los recursos internos, para contribuir a evitar demoras en el trámite judicial y para impulsar el normal y adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales normales.²¹

Pero además, es una insuperable demostración del profundo cambio operado en ideas jurídicas tradicionales, nacidas y desarrolladas en el marco de una concepción del Estado soberano, que era la expresión última y superior del poder institucional. La cosa juzgada emanada del pronunciamiento de órgano jurisdiccional interno o estatal, que fue en el derecho procesal tradicional expresión de algo definitivo e inmutable, es hoy, en materia de derechos humanos, sólo un presupuesto procesal, condicionado y limitado, para poder acceder a la jurisdicción internacional.

IV

11. Todos los derechos humanos, tanto para el derecho interno como para el internacional, son interdependientes, forman una unidad y están intercondicionados. Esto resulta de reiteradas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de las proclamaciones adoptadas en las conferencias de Teherán (1968) y Viena (1993).

Todos ellos —desde los clásicos y originales derechos de la libertad, hasta los económicos, sociales y culturales y los “nuevos” nacidos en el marco del nunca

²⁰ Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea*, cit.

²¹ *Id.*, “El *ombudsman* judicial y la protección internacional de los derechos humanos”, en *El ombudsman judicial. Perspectivas Internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993. Carpizo, Jorge, *Algunas preocupaciones sobre la institución del ombudsman*, México, 1992, p. 19.

acabado y fecundo proceso originado en el impuesto requerimiento de responder a las cambiantes y siempre renovadas necesidades humanas,²² tienen carácter jurídico.²³ No son meras aspiraciones o simple materia de programación política. Y aunque la forma y el procedimiento para su exigibilidad y la consiguiente responsabilidad por su violación, pueden variar, tanto en el derecho constitucional como en el internacional en función de los distintos caracteres que poseen, tienen en el fondo una igual naturaleza.

12. El ser humano es sujeto de derecho, tanto para el derecho constitucional interno como para el derecho internacional, en cuanto es el centro de imputación de los derechos y deberes que posee y que el orden jurídico declara, protege y garantiza. Pero, asimismo, los seres humanos tienen ante el derecho interno y el derecho de gentes, los medios o recursos procesales para exigir el respeto de los derechos y la sanción por su violación.

La subjetividad jurídica plena y total que la persona humana tiene ante el derecho interno no está aún reconocida con igual amplitud y generalidad en el derecho internacional. Pero sin embargo en éste, pese al carácter determinante, pero no exclusivo ni excluyente del Estado como sujeto de derecho, el ser humano posee hoy una subjetividad internacional individualizada y propia, aunque con algunos elementos diferentes de los que tienen el Estado y las organizaciones internacionales.²⁴

V

13. Es interesante destacar que en todas las categorías o “generaciones” de derechos humanos se da esta acción conjunta y complementaria del derecho constitucional y del derecho internacional para su garantía y protección. Pero ella no es igual ni ha surgido y desarrollado en la misma forma en los diferentes casos.

14. Los derechos, que a falta de una expresión mejor y más adecuada, se han llamado de la primera generación, es decir los derechos civiles y políticos, en especial los civiles, calificados también como derechos de la libertad, se caracterizan principalmente porque imponen una abstención, un no hacer del Estado para no lesionarlos o herirlos.²⁵ Absolutos en sí mismos, son relativos en cuanto están limitados o restringidos por los derechos de los demás y las exigencias del

22 Carpizo, Jorge, *Tendencias actuales de los derechos humanos*, cit., pp. 83 y 137.

23 Gros Espiell, Héctor, “Derechos humanos y derecho internacional”, en *Estudios*, cit., tomo I, p. 11.

24 *Id.*, *La Convención Americana y la Convención Europea*, cit.; *id.*, “El hombre como sujeto de derecho internacional”, en *Estudios*, cit., vol. I, p. 29.

25 La idea de que los derechos humanos forman parte necesaria del derecho constitucional y de la Constitución en sentido material, se encuentra en todos los autores que, a partir de la primera mitad del siglo XIX, desde Pelegrino Rossei, tratan del derecho constitucional (*id.*, *Universidad y derecho constitucional*, Montevideo, 1981, p. 69, nota 21).

bien común en una sociedad democrática,²⁶ dentro de un estricto marco material y formal.

15. La protección y la garantía de estos derechos han sido uno de los objetivos o fines esenciales del derecho constitucional. En realidad el desarrollo del derecho constitucional ha sido paralelo con el progreso de la idea de la necesaria garantía jurídica de la libertad. Desde los primeros atisbos, que están en los orígenes medievales de las modernas declaraciones de derechos, hasta las más recientes constituciones, todo el desenvolvimiento del derecho constitucional reposa en dos núcleos: la definición de los caracteres del Estado y los derechos de los individuos que forman la “sociedad política” y, en segundo lugar, la estructuración y funcionamiento de los poderes y de los órganos de gobierno.²⁷

Al nacer el constitucionalismo moderno, a fines del siglo XVIII y en los primeros años del XIX, esta idea se precisa y clarifica. Y no hay Constitución que, a través de su parte dogmática y de su parte orgánica, no desarrolle este esquema. En él, en la parte dogmática, encuentran necesaria e ineludible cabida la declaración de derechos, protegidos y garantizados por el funcionamiento de la totalidad del sistema constitucional moderno.

Cuando años más tarde aparece el derecho constitucional como ciencia, como materia o asignatura, el tema de los derechos humanos constituye un capítulo esencial e ineludible. El derecho constitucional llegó a ser, y esto constituye uno de sus títulos de gloria —frente a las desnaturalizaciones formales de la materia, unidas siempre a filosofías negadoras de la dignidad humana o sistemas políticos de naturaleza totalitaria— el derecho constitucional de la libertad.²⁸

16. El derecho internacional llegó mucho más tarde a ocuparse —complementando el derecho interno— de los derechos humanos. Fue recién, como vimos, después de la Segunda Guerra Mundial, que se inició el proceso —revisando conceptos superados y obsoletos y asimilando trágicas e inhumanas experiencias— que el derecho constitucional pasó a tener también como materia, la promoción y la protección de los derechos humanos.

17. Los derechos originariamente protegidos y garantizados por el derecho interno fueron estos derechos civiles, estos derechos de la libertad. Y fueron, asimismo, estos derechos los que, cuando la materia de los derechos humanos penetró en el derecho internacional, recibieron una atención prioritaria.

26 Artículos 15, 16, 22, 29 y 30 de la Convención Americana, y 6, 8, 9, 10, 11 y 18 de la Europea. Véase, Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea*, cit., pp. 129-131.

27 María Ramírez, Carlos, *Conferencias de Derecho Constitucional*, Montevideo, 1871; Gros Espiell, Héctor, *Universidad y derecho constitucional*, cit.

28 María Ramírez, Carlos, *Conferencias de Derecho Constitucional*, Montevideo, 1871, Edición de la Colección de Clásicos Uruguayos, Biblioteca Artigas, volumen 103, Montevideo, 1966, pp. XVI, XVIII, 11, 52 y 57; Gros Espiell, Héctor, *Universidad y derecho constitucional*, cit.; Carpizo, Jorge, prólogo a la primera edición de *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, 1993, p. XXXI; Carpizo, Jorge, “Derecho constitucional”, I, en *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1983, pp. 290-295.

Esto se explica no sólo porque la violación de este tipo de derechos, en especial el derecho a la vida o a la integridad física y corporal, a la libertad personal, a la emisión del pensamiento y de todos aquellos que constituyen el núcleo de la libertad, negados arrasados y pisoteados por la barbarie del totalitarismo en el siglo XX, fue lo que provocó la reacción universal que llevó a concebir y organizar prácticamente su promoción y protección internacional, sino además, porque como la violación de esta categoría de derechos humanos supone una acción, un hacer dirigido a conculcarlos imputable al Estado —cuya conducta lícita al respecto debe ser la de abstenerse, lo de no hacer nada que los lesione o afecte—, es relativamente fácil establecer un sistema internacional subsidiario para responsabilizar o sancionar el Estado por las violaciones acaecidas, en infracción de la obligación internacional de respetarlos.

18. Los derechos económicos, sociales y culturales, diferenciados por la doctrina de los civiles y políticos, suponen un hacer estatal para brindarlos. Su violación radica, en principio, en el no hacer, en la conducta negativa de no dar la protección económica, social y cultural, que la existencia real y el respeto de estos derechos necesariamente exige.²⁹

19. Estos derechos fueron reconocidos por el derecho constitucional, posteriormente a los derechos de la libertad. Con excepción de algún limitado y no trascendente precedente³⁰ es el derecho constitucional de nuestro siglo el que fijó la atención en su declaración y garantía. Corresponde a México el honor de ser el punto de inicio del constitucionalismo social y a su Constitución de Querétaro de 1917 la de ser el origen histórico de esta nueva dirección del derecho constitucional.³¹

Son una expresión, como los “nuevos derechos humanos” de la necesaria e ineludible expansión del concepto y del contenido de los derechos humanos.³²

Luego, la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Oprimido, en el inicio de la revolución soviética, el derecho constitucional de la primera posguerra, en especial con las constituciones de Weimar, de Austria y de Checoslovaquia y la Constitución española de 1931, abrieron un camino hacia la declaración y protección constitucional general y mundial de estos derechos. Hoy todos los sistemas constitucionales —luego de los cambios ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial y de la universalización del constitucionalismo como conse-

²⁹ Gros Espiell, Héctor, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, Libro Libre, 1986.

³⁰ Constitución francesa de 1848. Preámbulo, artículo VIII y Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, artículos 21, 22 y 23.

³¹ Carpizo, Jorge, *La constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1982, “Su proyección internacional”, pp. 305-309; Ramírez Reynoso, Braulio, artículo 123, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM, 1993, pp. 532-557.

³² Carpizo, Jorge, *Los derechos de la tercera generación*, cit., que recuerda las inolvidables páginas que René Cassin dedicó a esta idea.

cuencia del fin de los imperios coloniales en África, Asia, Oceanía y el Caribe—, incluyen lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

20. Curiosamente, en el derecho internacional, la promoción y protección de los derechos sociales, por lo menos en el ámbito concreto de la Organización Internacional del Trabajo,³³ llegó antes que la de los derechos civiles y políticos, ya que se encuentra en la parte XIII del Tratado de Versalles que creó la OIT.

Sin embargo, fue luego, en los artículos 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948 y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948, que se inició su reconocimiento internacional.

Con la Carta Social Europea de Turín (1960), la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 26, el Protocolo de San Salvador de 1988 relativo a la protección de estos derechos y la Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos, tales derechos fueron recibidos en la materia internacional, para promoverlos y protegerlos en su ámbito.

Naturalmente, por sus características, el sistema internacional de protección de estos derechos tiene que ser distinto del aplicable a los derechos civiles y políticos. Pero existe, aunque más embrionariamente que en el caso de éstos. La acción del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas³⁴ —que actúa paralelamente al de derechos civiles y políticos previsto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, la acción de la UNESCO en el ámbito de los derechos culturales,³⁵ de la OIT en el ámbito de los derechos sociales, laborales y sindicales,³⁶ de la FAO en cuanto al derecho a la alimentación³⁷ y de la OMS en cuanto al derecho a la salud,³⁸ son ejemplos que no puede dejarse de recordar y que se adicionan a lo que se hace jurídicamente al respecto en el ámbito regional, en Europa, en América y en África.

21. Todo esto, sin embargo, si bien es teórica y jurídicamente muy importante, no puede hacernos olvidar la realidad de que una situación de subdesarrollo económico e injusticia social —que supone la violación, *per se*, de los derechos económicos y sociales—, se traduce en la inexistencia, hoy, en gran parte del mundo, de las “condiciones materiales” sin cuya existencia es imposible una vida libre y digna.³⁹

33 Gros Espiell, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo... cit.*

34 Creado por el Ecosoc por resolución 1985/17. Este comité no está previsto en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a diferencia del Comité de Derechos Humanos, establecido por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

35 Halimri, Gisèle, “Los derechos humanos y la UNESCO”, en *La reforma de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos*, Tenerife, La Laguna, 1993. La bibliografía anterior puede encontrarse en el vol. I de mis *Estudios, cit.*, p. 10.

36 Gros Espiell, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo... cit.*

37 Right to Adequate Food as a Human Right, United Nations, New York, 1989.

38 Tomasevski, Katarine, “Los derechos humanos y la Organización Mundial de la Salud”, en *La reforma de las instituciones, cit.*

39 Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea, cit.*, p. 41; Carpizo, Jorge,

22. Los derechos que por comodidad se han llamado de la tercera generación, derechos de la solidaridad o derechos con vocación comunitaria pero que es mucho mejor denominar “nuevos derechos humanos”,⁴⁰ son un conjunto de derechos, en proceso de configuración jurídica —en cierta forma “en estado naciente” ya que no existe aún respecto de ellos textos internacionales de tipo convencional para organizar de manera jurídicamente obligatoria su defensa y protección—, entre los cuales se encuentra el derecho al desarrollo,⁴¹ el derecho a la paz,⁴² el derecho al medio ambiente,⁴³ etcétera.

Estos derechos llegados al mundo jurídico como consecuencia de nuevas necesidades y de nuevas realidades —a los que seguirán sin duda otros que surgirán en el futuro ante otras necesidades, distintas realidades y renovadas exigencias—, tienen caracteres diferenciales con respecto a los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Son, en efecto, derechos individuales y al mismo tiempo colectivos en cuanto a la titularidad de los sujetos que los poseen,⁴⁴ derechos vinculados a la defensa y protección de intereses generales que afectan a la humanidad en su conjunto,⁴⁵ a diversas entidades políticas —en especial a los estados— y sociales, y a los individuos, a los seres humanos considerados en sí mismos en cuanto personas.

23. Estos derechos fueron, en general, considerados y caracterizados primero en el ámbito internacional. Tal es el caso de lo acaecido con los tres derechos de

“Tendencias actuales de los derechos humanos”, en *Derechos humanos y Ombudsman*, México, 1993, p. 83.

⁴⁰ Gros Espiell, Héctor, “Les Droits à Vocation Communautaire”, en *Droit International. Bilan et Perspectives*, M. Bedjaoui, Redacteur Général, tome 2, p. 1237; Uribe Vargas, Diego, *La tercera generación de derechos humanos y la paz*, Bogotá, 1980; Vasac, Karel, *La larga lucha por los derechos humanos*, El Correo de la UNESCO, nov. de 1977; Carpizo, Jorge, *Tendencias actuales*, cit., p. 83; Carpizo, “Los nuevos derechos humanos”, en *Le Monde Diplomatique*, Edición en Español, México, mayo de 1985. Sobre estos derechos “de la solidaridad” y su inclusión futura en Declaraciones de Derecho Interno y en un eventual tercer Pacto Internacional de Derechos Humanos; Robert, Jacques, *Droits de l’Homme et Libertés Fondamentales*, 5ème. Edition, Montchrestien, Paris, 1993, pp. 64-65.

⁴¹ Gros Espiell, Héctor, “El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana”, en *Estudios*, cit., vol. I, p. 137; M. Bedjaoui, “Le Droit au Développement”, en *Droit International. Bilan et Perspectives*, cit., p. 1247.

⁴² Gros Espiell, Héctor, “El derecho a la paz”, en *Congreso Internacional sobre la Paz*, México, UNAM, tomo I, p. 61; Nastase, Adrian, “Le Droit à la Paix”, en *Droit International*, cit., tome 2, p. 1291; Carpizo, Jorge “Los derechos de la tercera generación: paz y desarrollo”, en *Derechos humanos y ombudsman*, México, 1993, p. 137.

⁴³ Gros Espiell, Héctor, *El derecho a vivir y el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado*, Madrid, Escuela Diplomática, 1991.

⁴⁴ Rivero, Jean, *Sur le Droit au Développement*, UNESCO, 55/78, Conf. 630/Inf. 2; Jouve, Edmond, *Le Droit des Peuples*, Paris, 1992; M’Baye, Kéba, “Les Droits de l’Homme et des Peuples”, en *Droit International. Bilan et Perspectives*, cit., p. 1109.

⁴⁵ Gros Espiell, Héctor, “El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad”, en *Estudios*, cit., vol. I, pp. 137-167; Dupuy, R.J., L’Héritage Commun de l’Humanité. Société Française pour le Droit International, Colloque d’Aix en Provence, 1974. No pueden dejarse de citar algunos de los estudios reunidos en el volumen *Humanité et Droit International, Mélanges*. Dupuy, René-Jean, Pedone, Paris, 1991. Entre ellos cabe recordar: Abi-Saab, Georges, *Humanité et Communauté Internationale*; Cassese, Antonio, *Le Valeur Actuelle des Droits de l’Homme*, y Conforte, Benedetto, *Humanité et Renouveau de la Production Normative*.

este tipo que hemos citado como ejemplos: el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y el derecho al medio ambiente.

24. Pero luego, en algunos casos casi simultáneamente, comenzaron a ser objeto de regulación constitucional expresa, en constituciones que se redactaron y se adoptaron entonces.⁴⁶ La doctrina y la jurisprudencia empiezan a sostener su existencia constitucional con base en una interpretación amplia y extensiva de otros derechos constitucionalmente reconocidos o a deducirlos del hecho de que las declaraciones de derechos, no tienen un carácter cerrado y taxativo y que, por ende, no impiden la protección de otros derechos no declarados expresamente, pero que son inherentes a la persona humana.⁴⁷

De tal modo en el caso de estos derechos —y a diferencia de lo ocurrido en las otras dos categorías o “generaciones” antes enumeradas—, es el derecho internacional el que ha precedido al derecho constitucional. Hoy se ha llegado a una situación, en los tres casos, en que el derecho interno y el derecho de gentes —el derecho constitucional y el derecho internacional— coexisten debidamente coordinados y armonizados en el objetivo de la promoción, protección y garantía de los derechos humanos.

VI

25. A través de todo lo anteriormente expuesto resulta la evidencia de la real y necesaria acción conjunta del derecho constitucional y del derecho internacional en cuanto a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos. Esta acción no es caótica, resultado de una confusión en cuanto a la atención por ambos de un objeto común. Está jurídicamente regulada, y es complementaria. En ciertos casos, como se ha visto precedentemente, la protección internacional es subsidiaria y subsiguiente, aunque puede llegar a suplir a la protección interna, si ésta es inexistente o inoperante. Pero la obligación genérica de respetar los derechos humanos y de informar al respecto —que implica la responsabilidad internacional por su violación— no requiere la consideración previa del asunto en el ámbito interno.⁴⁸

⁴⁶ Correa Freitas, Rubén, “Medio ambiente y derecho constitucional”, en *El Uruguay y la protección del medio ambiente*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1992. Por ejemplo Constitución de Colombia de 1991, artículos 22, 78-82; de Paraguay de 1992, artículos 6, 7 y 8 y 38.

⁴⁷ Como ejemplo puede recordarse lo que dice el artículo 72 de la Constitución uruguaya y el artículo 42 de la Constitución paraguaya de 1992.

⁴⁸ La necesaria consideración del derecho internacional y del derecho interno para mostrar y comprender el régimen, el “estatus” jurídico de los derechos humanos, ha traído como consecuencia que los modernos manuales dedicados a estudiar, en función del sistema jurídico nacional lo. “Derechos del hombre y las libertades fundamentales”, incluyan lo relativo a los instrumentos internacionales aplicables. (Véase, por ejemplo, Robert, Jacques, *Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales*, 5ème. Edition, Montchrestien, Paris, 1993, pp. 76-92 y 746-779.)

26. Pero además, el derecho constitucional y el derecho internacional se influyen y se han influido recíprocamente en la materia.

Veámos algunos pocos ejemplos.

El derecho constitucional interno ha tenido y tiene, naturalmente, una influencia en el nacimiento y desarrollo del derecho internacional en materia de derechos humanos. Esto se explica por la prioridad histórica, conceptual, jurídica y política, que el tema ha tenido en el ámbito interno.

Basta leer la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 para darse cuenta que tanto la idea y el sentido de una declaración de este tipo, como la forma o estructura y el contenido, es decir la materia, y hasta la terminología empleada, tienen como punto inicial de referencia —como fuente primaria, aunque los textos estén separados por 159 años— a la Declaración (francesa) de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁴⁹

Y a la inversa, la Declaración Universal de 1948 influyó decisivamente en la redacción de los textos constitucionales elaborados en las décadas siguientes, en las que se produjo la floración constitucional consecuencia de la independencia de los nuevos estados de África, Asia, Oceanía y el Caribe y en textos constitucionales latinoamericanos y europeos de los años sesenta y setenta. Es el caso, entre otros, de la Constitución portuguesa de 1976, la española de 1978,⁵⁰ la griega de 1976, la venezolana de 1961 y la costarricense de 1960. Y esta influencia, ya más decantada, continúa haciéndose sentir en constituciones de las décadas de los ochenta y los noventa, por ejemplo en las que surgieron como consecuencia de las nuevas condiciones creadas en Europa oriental y central, en América Latina (casos de Honduras en 1982, de El Salvador en 1983, la de Nicaragua de 1986, del Brasil en 1988, de Colombia en 1991 y del Paraguay en 1992, entre otros muchos) e incluso en Europa, como la de los Países Bajos de 1983.

Otro ejemplo significativo de esta concurrencia del derecho constitucional y del derecho internacional, se da en la situación que resulta en el derecho interno de muchos estados —ya sea por disposición constitucional expresa o por deducción jurisprudencial— de que los textos constitucionales en materia de derechos humanos han de ser interpretados o aplicados a la luz de la Declaración Universal

⁴⁹ Cassin, René, *La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme. Recueil des Cours*, Académie de Droit International, La Haye, 1951, II; Cassin, René, *Le Texte de la Déclaration Universelle*, *Lumen Vitae*, vol. XXIII, N° 4, Bruxelles, 1968. Sobre la Declaración Francesa de 1789, los estudios clásicos de G. Jellinek (*La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris, 1901), de G. Jèze (*Valeur Juridique des Déclarations de Droits*, *Revue de Droit Public*, Paris, 1913) y G. Morange (*Valeur Juridique des Principes Contenus dans les Déclarations de Droits*, *Revue de Droit Public*, Paris, 1945). Una visión muy actual de la naturaleza, sentido e influencia de la Declaración Universal de 1948, en: Juan Antonio Carrillo, "Human Rights, Universal Declaration (1948)", en *Encyclopedia of Public International Law*, 8, 1985, p. 305.

⁵⁰ Se ha señalado con razón que esta influencia no se limita a la incidencia formal en la redacción de los nuevos textos constitucionales, sino que se ha proyectado en ocasiones en todo el proceso de transición democrática. Véase al respecto: Ridruejo, J.A. Pastor, "The International Dimension of Human Rights", in *The Spanish Political Transition*, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. I, 1991.

de Derechos Humanos y de los instrumentos convencionales internacionales de los que el Estado concernido es parte.⁵¹

27. La conciencia de esa confluencia, interna e internacional, para la protección de los derechos humanos se ha desarrollado y afirmado en los últimos años.

El tema se trató en la conferencia sobre la jurisdicción internacional celebrada en Costa Rica en 1992.⁵²

La Conferencia de Presidentes de las Cortes Supremas de Iberoamérica, España y Portugal que se celebró en Madrid, en octubre de 1993, estudió paralelamente el tema de la protección de los derechos humanos por los tribunales o cortes constitucionales y por los tribunales internacionales competentes.

Y en las conferencias de Cortes Constitucionales Europeas que se realizaron en Ankara en 1990⁵³ y en París en 1992,⁵⁴ se destacó esta confluencia y recíproca influencia en la materia entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

28. Por último hay que hacer referencia a la cuestión de la aplicación interna directa del derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque hay muy diferentes sistemas en la materia y la solución de la aplicación directa no es unánime, no hay duda que es la predominante y, en el caso de América Latina, prácticamente unánime.

La aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos —en especial, aunque no únicamente,⁵⁵ de los tratados en la materia ratificados y en vigencia— permite utilizar, en particular por los jueces nacionales, el derecho internacional para precisar, reforzar y eventualmente ampliar la protección constitucional interna. La importancia de esto es obvia.

51 Por ejemplo: la Constitución de España de 1978 dice en su artículo 10.2: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce la Constitución serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España".

52 En esa conferencia fui ponente del tema "La Jurisdicción Internacional y el Derecho Internacional".

53 Cohen Jonathan, Gerard, "Droit Constitutionnel et Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 13, Paris, 1993; Abraham, R., "Les Incidences de la CEDH sur le Droit Constitutionnel et Administratif des Etats Parties", *RUDH*, 1992; Flaun, J.F., *Les Droits de l'Homme Comme Eléments d'une Constitution et de l'Ordre Européen*, Université de la Sarre, 1992.

54 Véase el excelente informe que sirvió como documento de base, redactado por Jacques Robert que incluye los siguientes capítulos: *Le Côte à Côte des Libertés Publiques Nationales et des Droits Fondamentaux Internationaux. Le Tête à Tête du Juge Constitutionnel et de la Norme Internationale et le Face à Face du Juge Constitutionnel et de la Jurisdiction Internationale*. Asimismo M.A. Eissen, *L'Interacción des Jurisprudences Constitutionnelles Nationales et la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Colloque de Montpellier, Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des Droits de l'Homme, 1989, Editions STH, 1990. Este interés conjunto y confluyente del derecho constitucional y del derecho internacional en materia de derechos humanos, puede verse, por ejemplo en los estudios publicados en honor del juez Brian Walsh, en donde se encuentran, en adecuado equilibrio, trabajos de derecho constitucional y de derecho internacional (Cfr, *Human Rights and Constitutional Law. Essays in Honour of Brian Walsh*, The Round Hall Press).

55 El derecho internacional de los derechos humanos no se agota, como única fuente, en los tratados ratificados y en vigencia. Incluye las declaraciones que en algunos casos han logrado una relevancia especial, los principios generales y las otras fuentes del derecho internacional. Véase, Gros Espiell, Héctor, "Las Naciones Unidas y los derechos humanos", en *Estudios, cit.*, vol. II, p. 31.

Cada día es mayor la cantidad de jueces en América Latina que en sus sentencias citan o invocan como fundamento el derecho internacional. Es un gran progreso, que abre perspectivas jurídicas cada vez más interesantes, progresistas y renovadoras.

29. No puede dejarse de señalar que en el más reciente derecho constitucional latinoamericano, se encuentran ejemplos de constituciones que atribuyen a los tratados en materia de derechos humanos una jerarquía normativa interna superior a la ley ordinaria.⁵⁶ Los casos de Guatemala, en su Constitución de 1985 (artículo 46), del Perú en la Constitución de 1978⁵⁷ y de Colombia en la Constitución de 1991 (artículo 93), no pueden olvidarse.

Otras constituciones de los últimos años, al dar a todos los tratados ratificados y en vigencia una jerarquía normativa superior a la ley, incluyen en esta fórmula, obviamente, a los tratados en materia de derechos humanos. Esta situación se da, entre otros casos, en las constituciones actuales de Costa Rica (artículo 7), Honduras (artículo 17), El Salvador (artículo 144), y Paraguay (artículo 137).

Es asimismo interesante citar los casos de la Constitución de Chile de 1980 (artículo 8) y de Nicaragua (artículo 46), que, en forma diferente, y de distinta manera, constitucionalizan los derechos humanos que resultan o emanan de la naturaleza humana, de la Declaración Universal y de los tratados ratificados y en vigencia.

En esta tendencia hacia la jerarquización interna del derecho internacional, hay que incluir el caso de los países en que la solución tradicional era la de atribuir a los tratados la jerarquía interna de la ley,⁵⁸ pero en los que la jurisprudencia —como es el caso de la Corte Suprema de Argentina—, en aplicación del derecho internacional, le ha asignado una jerarquía superior a la de la ley.⁵⁹

30. El derecho constitucional y el derecho internacional, confluyen y se influyen —coordinada y armónicamente—, en la promoción, respeto, garantía y protección de los derechos humanos.

Suprimidos obsoletos criterios, con la vista puesta en la mejor y más efectiva acción para la defensa de los derechos de la persona humana, objeto y fin del derecho todo, este camino permite vislumbrar fórmulas más efectivas y eficaces para lograr la realidad viva de la vigencia de los derechos de la persona humana, en el marco del orden jurídico.

⁵⁶ Gros Espiell, Héctor, "Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno", en *Estudios*, II, cit.

⁵⁷ La Constitución del Perú de 1993 eliminó el artículo 105 de la de 1978 y en el 55 sólo dispuso: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

⁵⁸ Por ejemplo, México, con base en el artículo 133 de la Constitución (Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año II, núm. 4, 1969. Véanse también los trabajos sobre el tema de Antonio Martínez Báez y Alonso Gómez-Robledo, citados en el vol. II de mis *Estudios*, p. 300) y, sin texto expreso, Uruguay (Gros Espiell, Héctor, *La Constitución y los tratados internacionales*, Montevideo, 1962).

⁵⁹ Argentina, con base en el artículo 31 de la Constitución. La jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir de la sentencia del 7 de julio de 1992 (Ekmekdjian, Miguel A. con Sofovich, Gerardo) cambió el orden tradicional y afirmó "la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno".