

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, con capacidad y personalidad jurídicas plenas, internacionales e internas, públicas y privadas, que son necesarias para la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos y de todas las disciplinas a ellos relativas.

El IIDH basa su acción en los principios de la democracia representativa, el Estado de Derecho, el pluralismo ideológico, el respeto de los derechos y libertades fundamentales, sin discriminación alguna, afirmando la idea de que sin derechos humanos no puede existir democracia y sin democracia no puede haber vigencia efectiva de los derechos humanos.

Jurídicamente fue creado en 1980, por un convenio celebrado entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica, fijando la sede del Instituto en San José, Costa Rica.

IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

# ESTUDIOS ESPECIALIZADOS DE DERECHOS HUMANOS

## I

### AUTORES:

José E. ÁLVAREZ

Thomas BUERGENTHAL

Antônio A. CANÇADO TRINDADE

Ariel E. DULITZKY

Felipe GONZÁLEZ

### COMPILADORES:

Thomas BUERGENTHAL y Antônio A. CANÇADO TRINDADE

### PRESENTACIÓN DE LA SERIE:

Thomas BUERGENTHAL y Antônio A. CANÇADO TRINDADE

1996

439

**IIDH**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

**ESTUDIOS  
ESPECIALIZADOS DE  
DERECHOS HUMANOS  
I**

**AUTORES:**

José E. ÁLVAREZ

Thomas BUERGENTHAL

Antônio A. CANÇADO TRINDADE

Ariel E. DULITZKY

Felipe GONZÁLEZ

**COMPILADORES:**

Thomas BUERGENTHAL y

Antônio A. CANÇADO TRINDADE

**PRESENTACIÓN DE LA SERIE:**

Thomas BUERGENTHAL y

Antônio A. CANÇADO TRINDADE

1996

## LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Ariel E. DULIIZKY

*No acepten lo habitual como cosa natural pues  
en tiempos de desorden sangriento, de con-  
fusión organizada, de arbitrariedad conciente,  
de humanidad deshumanizada, nada debe pa-  
recer imposible de cambiar.*

Bertolt Brecht

Hace más de sesenta años, Mirkine Gutzevich advertía sobre el proceso de internacionalización del derecho constitucional<sup>1</sup>. Especialmente a partir de la segunda posguerra, se hizo evidente este proceso, siendo el campo de los derechos humanos donde se han producido las internacionalizaciones constitucionales más evidentes.

Probablemente sea en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, donde se haya mostrado una evolución más vigorosa de las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho internacional<sup>2</sup>.

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

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

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

En materia de derechos humanos y superando la doctrina clásica de la radical distinción entre ambos, cada vez con mayor énfasis, derecho internacional y derecho interno interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales<sup>3</sup>. En este ámbito, paulatinamente se hace más explícita la interpenetración entre las jurisdicciones internacional y nacional.

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

Los derechos humanos, hoy en día, son una materia común al derecho internacional y al derecho interno. En el ámbito nacional, el derecho constitucional por su propia naturaleza es quien se ocupa primordialmente de los derechos humanos. En especial, aunque no exclusivamente, las Constituciones contienen un catálogo de derechos, de garantías y mecanismos de control y protección. A este hecho, debe aunarse la circunstancia que son las Constituciones quienes regulan la jerarquía que los tratados de derechos humanos ocuparán en el orden interno<sup>4</sup>.

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

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

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

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

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

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

quedan sin analizar las Constituciones que declaran como constitucionales aquellos derechos que sean inherentes a la persona humana aunque no figuren expresamente en el texto constitucional e independientemente del rango que tengan los tratados internacionales en el derecho interno<sup>6</sup>.

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

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

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

En todos los ordenamientos jurídicos modernos existe una pluralidad de fuentes de producción jurídica<sup>7</sup>. Lo cual requiere que se determine, --basándose en normas explícitas o en un principio fundamental de estructura-- una específica jerarquía entre las mismas fuentes, para reconducir todo el sistema normativo a un esquema unitario.

Si, a pesar de dicha diversidad de fuentes, es posible seguir hablando de un ordenamiento, es porque las normas que esas fuentes producen, guardan entre sí las relaciones de orden que vienen establecidas por las normas o fuentes. Un sistema jurídico complejo presupone unas reglas, que, al mismo tiempo que fundamentan la pluralidad misma, la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto<sup>8</sup>.

6 Carlos Ayala, *El Derecho de los Derechos Humanos...*, ob.cit. pág. 761/768.

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

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

La pluralidad de fuentes que coexisten en los distintos ordenamientos jurídicos es especialmente evidente en el caso de los derechos humanos. Hoy en día, los mismos se encuentran tanto en la esfera del Derecho internacional como del Derecho interno<sup>9</sup>. Desde hace años se abandonó la tesis que sostenía que constituye intervención en los asuntos internos de un estado, que se reclame el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>10</sup>.

Modernamente no cabe duda que los derechos del hombre representan una materia regulada tanto por el derecho interno como por el internacional<sup>11</sup>. Como consecuencia de ello, el derecho de los estados y el derecho internacional, sea universal o regional, deben coexistir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana<sup>12</sup>.

Ya no es posible, como sucedía en el Derecho internacional tradicional seguir considerando a la persona humana como un objeto del orden jurídico internacional. El proceso de humanización que hace de la persona humana y de sus derechos fundamentales un objeto específico de regulación, es un punto indiscutible de referencia de las normas internacionales<sup>13</sup>. Esta situación dio origen a un proceso de internacionalización de la protección del ser humano<sup>14</sup>.

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

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

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

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

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

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

La atención que en el ámbito internacional se le da a la protección de las libertades fundamentales y las particularidades y diferenciaciones que se producen del derecho internacional general, permitió el surgimiento de un campo específico de estudio, que es el derecho internacional de los derechos humanos<sup>15</sup>.

Una de las consecuencias que el proceso descripto conlleva es que las normas de origen internacional deberán integrarse al ordenamiento jurídico interno como una fuente adicional en materia de la protección de las libertades fundamentales. En el sistema jurídico nacional las Constituciones serán quienes deban determinar el modo de incorporación y la jerarquía que ocuparán dichas normas internacionales<sup>16</sup>.

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

La jerarquía formal consiste en que a las normas se le asignan diferentes rangos --superior o inferior-- según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido. Técnicamente es un conjunto de reglas acerca de la validez de las normas, consistente en que unas, las que ocupan una posición inferior, pierden validez como normas cuando contradicen a otras superiores<sup>17</sup>.

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

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

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

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

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

En general la jerarquía prescinde del contenido de las disposiciones, para determinar su ubicación en el ordenamiento jurídico<sup>19</sup>. Sin embargo, cada vez es más claro que los constituyentes --tal como se desarrollará-- sí tienen en cuenta el contenido de determinadas normas, para otorgarles una jerarquía determinada, diferente del resto de las normas con idénticas características pero con distinto contenido<sup>20</sup>. Esto en materia de protección de la persona humana es palpable en el constitucionalismo iberoamericano.

El sistema de normas sobre producción de normas, incluye actualmente no sólo regulaciones sobre el procedimiento para la formación y sanción de las leyes y demás disposiciones. Se compone también de normas sobre contenidos sustanciales, limitando y vinculando al poder y excluyendo o imponiéndole determinados contenidos en sus actuaciones que reflejan valores y principios compartidos socialmente<sup>21</sup>.

Establecer concretamente la ubicación jerárquica de las normas de origen internacional tutelares de los derechos esenciales del ser humano, es definitivo para condicionar el modo de producción normativa del resto del ordenamiento. Ello pues una norma de grado superior puede contener reglas sobre el procedimiento o sobre el contenido con el carácter de directrices o preceptos que las normas inferiores no solamente no pueden modificar sino que adicionalmente deben realizarlas. Además la violación de estos preceptos directivos, prescriben como sanción la remoción de la norma que haya violado la jerarquía<sup>22</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

jerárquico que los tratados no pueden contradecirse pues existirá una norma superior o un principio<sup>23</sup> que decida el conflicto.

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

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

Todo ello hace surgir un ordenamiento jurídico como una gradación de diferentes peldaños, en el cual los tratados de derechos humanos ocupan una posición privilegiada<sup>24</sup>.

Antes de finalizar este capítulo introductorio debe llamarse la atención sobre la circunstancia que la supraordenación y el escalonamiento es siempre el fruto de opciones políticas que elevan una materia en vez de otra. No son otra cosa que decisiones políticas que traducen en valores, acuerdos entre distintos intereses<sup>25</sup>.

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

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

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

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

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

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

Las Constituciones iberoamericanas que contienen referencias al derecho internacional de los derechos humanos por lo general lo hacen con respecto a normas de carácter convencional<sup>26</sup>.

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

En los tratados tradicionales, sean multilaterales o bilaterales, los Estados partes persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, especialmente en aquellos conocidos en la doctrina como tratados-contratos<sup>27</sup>. Por eso, los estados al redactar un tratado, buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados teniendo en cuenta este necesario equilibrio entre las partes de un tratado, permite que el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de ellas sirva de base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos<sup>28</sup>.

El derecho de los tratados también acepta la cláusula *rebus sic stantibus*, y dentro de determinadas condiciones, permite que un cambio fundamental de circunstancias sobrevenido después de la celebración de un tratado, constituya causa legítima para que la parte afectada, lo dé por terminado o se retire de él<sup>29</sup>. Estos ejemplos demuestran que el equilibrio entre los intereses de las partes representa una característica típica de los tratados en general.

La situación es totalmente diferente en las convenciones relativas a los derechos humanos. No puede considerarse que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos sea equilibrar recíprocamente intereses entre los estados<sup>30</sup>.

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

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

28 Artículo 60 de la Convención de Viena.

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

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

... los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano<sup>31</sup>.

Los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por destinatario a los estados, sino los individuos<sup>32</sup>.

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

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones<sup>33</sup>.

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

al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta su carácter específico de tratado que instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>34</sup>.

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

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

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

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

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

no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>35</sup>.

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

Como un ejemplo adicional de la inaplicabilidad del principio de reciprocidad, muchos de los tratados de derechos humanos, ante su incumplimiento por un estado, -es decir por violación de alguno de los derechos reconocidos-, en lugar de permitir la terminación o suspensión del mismo, prevén que los demás estados presenten denuncias ante los órganos de protección, alegando la violación del tratado<sup>37</sup>.

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

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

36 Artículo 60.5.

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

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

### III. La respuesta del constitucionalismo iberoamericano

Desde la segunda mitad de la década del '70, diversas Constituciones iberoamericanas reflejaron la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Esta situación, sin embargo no es particular del constitucionalismo iberoamericano, pues existen diversas Constituciones, en especial de Asia y África que también hacen expresa mención a normas del derecho internacional de los derechos humanos, generalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>38</sup>.

América Latina, no ha permanecido ajena a la tendencia de otorgar un tratamiento diferenciado o especial a los tratados de derechos humanos<sup>39</sup>. Por el contrario, las más recientes Constituciones latinoamericanas se hacen eco de este nuevo enfoque al clásico dilema de la jerarquía normativa e incorporación de los tratados en el orden jurídico interno<sup>40</sup>.

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

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

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

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

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

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

preceptos entre los distintos puntos de la clasificación haga olvidar que cada una es un texto único que debe ser analizado integralmente<sup>41</sup>.

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

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

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

## I. CLÁUSULAS INTERPRETATIVAS

La primer clasificación incluye a aquellas Constituciones que han optado por otorgarle a los operadores jurídicos pautas concretas acerca de cómo deben interpretarse las normas relativas a los derechos humanos y en ellas han incluido referencias expresas al derecho internacional<sup>42</sup>.

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

La Constitución Portuguesa con esta redacción íntegra y complementa las normas y principios constitucionales relativos a derechos fundamentales con las reglas de la Declaración Universal. Una consecuencia fundamental de este hecho es que la misma Declaración goza en Portugal de las garantías generales de control y revisión constitucionales al igual que el resto de las normas de la Constitución<sup>43</sup>.

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

La importancia del artículo 10.2 está dada en cuanto no apela a los Convenios internacionales como Derecho interno<sup>44</sup>, sino que lo hace a efectos de la interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución<sup>45</sup>.

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

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

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

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