

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

El respeto por los derechos fundamentales del hombre se desarrolló fundamentalmente a nivel nacional, en Gran Bretaña, los Estados Unidos, Francia, y otros países que siguieron su ejemplo. Las relaciones internacionales entonces se basaban en las prácticas de las “naciones civilizadas”, que suponían el respeto de estos derechos; pero originalmente el derecho internacional preveía instrumentos muy excepcionales para impedir su violación, como eran el derecho de asilo o la intervención por causas humanitarias.

Sin embargo, con el advenimiento del siglo XX y la mayor difusión de la información en el mundo, se fue tomando conciencia de dos hechos importantes: Primero, que en muchas ocasiones era el propio Estado el primer y más importante violador de los derechos del hombre, como había demostrado la experiencia de los regímenes autoritarios entre las dos Guerras Mundiales. Y segundo, que existía una relación innegable

entre el respeto a los derechos humanos dentro de los estados y el mantenimiento de la paz en la comunidad internacional. Las circunstancias que desencadenaron la segunda guerra mundial son también muy elocuentes al respecto.

En suma, finalizada la confrontación en 1945, los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, y de ahí que su respeto sea una aspiración primordial del derecho internacional contemporáneo, hasta el punto de que hoy se entiende que las normas internacionales sobre protección de los derechos fundamentales de la persona humana forman parte del *ius cogens* internacional²⁰.

El fin de la segunda guerra dio paso a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, cuya Carta del 26 de junio de 1945, menciona entre sus propósitos el de “...realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos” (artículo 1º, inciso 3º). Entre los fines de tal cooperación está el de promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades” (artículo 55, inc. c).

A partir de entonces proliferaron, tanto en el ámbito mundial como en el de las distintas regiones del planeta, cartas, declaraciones, convenciones y tratados, que afianzan día a día el cuerpo sólido y coherente del derecho internacional de los derechos humanos.

Por ser universales, inalienables, inherentes a la persona humana y oponibles *erga omnes*, se ha entendido que la vigencia de estos derechos

²⁰ ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, *Derecho de la Información*, Dykson, Madrid, 1998, p. 111-112.

debe ser reconocida aún por encima de la legislación interna de cada país. Desde la sanción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1948, y de otros instrumentos regionales básicos como la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 o la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, varios países han incorporado este cuerpo de derecho internacional de los derechos humanos como normas con jerarquía constitucional, a las cuales habrá de ajustarse la legislación interna.

LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS.

En las últimas dos décadas, en varios países de América Latina se ha producido esta incorporación constitucional. Por ejemplo, la Constitución de Brasil de 1988 establece en su artículo 4º que “se regirá en sus relaciones internacionales dando prioridad a los derechos humanos...”.

El artículo 50 de la Constitución de Chile de 1980-1989 señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

La Constitución de Paraguay de 1992 dispone que “los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución” (artículo 142). “La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios... la protección internacional de los derechos humanos” (artículo 143); y “la República del

Paraguay, en condiciones de igualdad con otros estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo...” (artículo 145).

La Constitución de Nicaragua de 1987-1995 dispone que “la administración de justicia garantiza el principio de la legalidad, protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia” (artículo 160). Establece además que “en el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos” (artículo 46).

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone que “el Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de esos derechos” (artículo 17). “Los derechos y garantías determinados en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la constitución o en la ley para el ejercicio de estos derechos” (artículo 18).

El artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985-1994 dispone: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

El artículo 7 de la Constitución de Costa Rica de 1949-1989 dispone que: “los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

Dos casos que merecen cierto detenimiento son los de Perú y Venezuela.

La Constitución peruana de 1979 establecía en su artículo 101 que “los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros estados son parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”. Por su parte, el artículo 105 disponía que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

La nueva constitución de 1993 dejó de lado estos principios, disponiendo que “cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República” (artículo 57).

Esta modificación ha sido considerada como un retroceso jurídico, e incluso una torpeza política, por parte de la doctrina jurídica peruana²¹.

La Constitución de Venezuela de 1999, en cambio, dispone que “el estado garantizará a toda persona, conforme al principio de

²¹ NOVAK TALAVERA, Fabián, “Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993” en *Agenda Internacional*, Año I, nº 2, Lima, Julio-Diciembre de 1994, PUCP, p. 71 y siguientes. Citado por MANILI, Pablo Luis, op. cit., p. 111.

progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e independientes de los derechos humanos” (artículo 19). “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscriptos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (artículo 23).

Sin embargo, el comportamiento del gobierno, y especialmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hacen que estas cláusulas, muchas veces, caigan en letra muerta²².

LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994.

En Argentina, la primacía de los tratados de derechos humanos ratificados legalmente por sobre la legislación interna, fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia aún antes de la reforma constitucional de 1994, al resolver dos años antes el caso “Ekmedjian c/ Sofovich” (Fallos: 315:1492). Allí sostuvo que los tratados de derechos humanos - en este caso el Pacto de San José de Costa Rica- tienen una jerarquía superior a la legislación interna, y que sus cláusulas deben aplicarse aún cuando no estén reglamentadas legalmente en el país.

La Constitución de 1994, en su artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, enumera una serie de declaraciones, tratados y convenciones internacionales, que incluyen varios derechos y garantías que se incorporan, al decir de Bidart Campos, como instrumentos internacionales con jerarquía constitucional²³.

²² MANILI, Pablo Luis, op. cit., p. 118.

Dispone la cláusula mencionada que “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Esta incorporación permite hablar de un “bloque de constitucionalidad”, integrado por la Constitución de 1853-60, con sus reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994; por los once instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75, inciso 22 y por la Convención Interamericana para la Desaparición Forzada de Personas, incorporada a dicho bloque por el Congreso en 1997²⁴.

La Corte Suprema se ha encargado de ratificar que dichos instrumentos internacionales -que constituyen el cuerpo del derecho internacional de los derechos humanos- tienen igual jerarquía al resto de las cláusulas constitucionales, e incluso se expidió sobre el valor que debe reconocerse a la jurisprudencia de los organismos internacionales

²³ BIDART CAMPOS, Germán José, “La Constitución y los Tratados con jerarquía constitucional”, en *La Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional*, Cuadernos de FUNDEJUS n° 7, octubre de 2003, p. 1.

²⁴ MANILI, Pablo Luis, Op. cit., p. 271 y ss.

de aplicación, como fuentes para interpretar los alcances de esos instrumentos²⁵.

En este sentido, en “Giroldi” (Fallos: 318:514, 1995), sostuvo que los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75, inciso 22, deben ser aplicados en el orden interno considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Luego en “Bramajo” (Fallos: 319:1840, 1996) incluyó como guía de interpretación de tales instrumentos a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, en decisiones posteriores relativizó este principio, y en “Acosta” (320:2136, 1998) aclaró que ello no equivale a consagrar como deber para los jueces de aplicarlos sin más, desde que no son decisiones vinculantes para el Poder Judicial, lo que reafirmó en “Felicetti” (Fallos: 323:4130, 2000), donde además sostuvo que una recomendación de la Comisión Interamericana a la Argentina sólo tenía efecto hacia el futuro, pero no podía generar la revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada.

El artículo 75 inciso 22 in fine, sostiene que esos instrumentos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Se plantea entonces el interrogante de qué sucede cuando, a pesar de dicha cláusula, pareciera existir una contradicción u oposición. Esta inquietud tuvo varias respuestas en la doctrina y jurisprudencia.

En el propio seno de la Convención Constituyente se dieron dos respuestas: el convencional Rodolfo Barra sostuvo que era necesario diferenciar entre los artículos de la Constitución referidos al reconocimiento de derechos y garantías, esto es, la parte dogmática, para darle prioridad a

²⁵ Fallos: 318:514; 319:1840; 320:213; 323:4130.

esos artículos por sobre el texto de los tratados en caso de contradicción; para el resto de los artículos de la constitución, debía prevalecer el derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, el convencional Juan Pablo Cafiero sostuvo que en todos los casos debía prevalecer la regulación más favorable a la persona, esto es, el principio *pro homine*²⁶.

Por su parte, entre la doctrina, Gregorio Badeni ha entendido que al sostener el artículo 75 inciso 22 que esos instrumentos no pueden derogar la primera parte de la Constitución, está dando una jerarquía superior a ésta por sobre los tratados²⁷. En la posición opuesta, se ha dicho que deben prevalecer los pactos internacionales, ya sea por aplicación del principio contenido en el artículo 27 de la Constitución, o por la remisión constitucional al Derecho de Gentes, como señala Leopoldo Schiffrin²⁸.

Finalmente, buena parte de la doctrina considera que no puede haber una contradicción entre la parte dogmática de la Constitución y los instrumentos sobre derechos humanos, ya sea por considerar que comparten un mismo punto de partida²⁹, o porque existe un juicio del constituyente en este sentido³⁰.

²⁶ ABREGÚ, Martín, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

²⁷ BADENI, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 196 y ss.

²⁸ SCHIFFRIN, Leopoldo, “La primacía del derecho internacional sobre el derecho argentino”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, p. 115 y ss.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., “El Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en *La aplicación...*, p. 77 y siguientes.

³⁰ MONCAYO, Guillermo R., “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, en *La aplicación...*, p. 89 y siguientes.

Esta última postura parece haber sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir de los casos “Chocobar” (Fallos: 319:3241) y “Monges” (Fallos: 318:3248), donde indica que los constituyentes han efectuado un “juicio de comprobación” en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. Dicho cotejo ha de ser entendido, como sostiene Pablo Manili, en sentido figurado, pues no surge de las actas de la Asamblea Constituyente que se haya producido efectivamente³¹.

Sin embargo, es de presumir, como hace la Corte, que al incorporar a la Constitución los instrumentos de derechos humanos “con jerarquía constitucional”, el Constituyente ha considerado que no existe contradicción posible entre las cláusulas de los instrumentos y los de la parte dogmática, que reconocen una filosofía similar, y que sus eventuales fricciones deben ser resueltas por vía de interpretación integradora.

Esta es una tendencia que se abre paso en el mundo. Ciertas garantías individuales en materia penal, ciertas libertades políticas y civiles como el derecho a la integridad personal, la libertad de expresión, de asociación, de petición, de reunión, de ejercer los derechos políticos, de entrar y salir del territorio, etc., ya no pueden ser ignoradas so pretexto de no estar incluidas en la legislación interna de un país.

Aquellos postulados tradicionales del derecho natural como derecho común a todos los hombres con independencia del lugar que habiten, se va configurando finalmente a partir de esta integración del mundo.

³¹ MANILI, Pablo Luis, op. cit., p. 195.