

## LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN INTERNO: LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO *PRO HOMINE*<sup>\*</sup>

Humberto Henderson<sup>\*\*</sup>

El presente trabajo pretende ser una de las posibles aproximaciones al estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, dentro de los ordenamientos internos de los países, siguiendo las doctrinas clásicas de aplicación e interpretación del derecho, con la inclusión de algunas reglas de hermenéutica propias del actual desarrollo teórico del derecho internacional de los derechos humanos.

Estas líneas sólo proponen unas respuestas a este significativo tema que se encuentra en un lento, pero constante avance en los tribunales internos. Es importante advertir que sólo en la última década, las universidades y las escuelas de derecho están abordando de un modo mucho más sistemático la cuestión de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Poco a poco, se está reconociendo la autonomía científica de este derecho, como una disciplina específica y más lentamente, como curricularmente obligatoria. Por su parte, tampoco los Poderes Judiciales de Latinoamérica<sup>1</sup> aceptan con facilidad la aplicación

<sup>\*</sup> Artículo enviado por el autor a solicitud de los organizadores del Seminario La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México, abril de 2005. El artículo formará parte de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos No. 39 (2005).

<sup>\*\*</sup> El autor ha sido docente universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo (Uruguay), trabajó para las Naciones Unidas y actualmente se desempeña como "Senior Technical Advisor for Latin American Programs" por Freedom House en México. El autor agradece los comentarios y sugerencias que sobre el borrador de este trabajo han efectuado los colegas Luis Pasara, Alejandro Silva, Claudia Martín y Claire Mason.

<sup>1</sup> En un estudio realizado algunos años atrás, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos identificó como factores negativos que inciden en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a: a) la estrecha relación con el poder; b) el desconocimiento de las normas de derechos humanos; y, c) la debilidad formativa de los jueces. Puede verse: *Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1996, pp. 19-21.

del derecho internacional de los derechos humanos, aunque también aquí se han alcanzado modestos avances en algunos países.<sup>2</sup>

Este ensayo intenta abordar uno de los temas que por su particularidad, convoca a la polémica y a la discusión jurídica y política de defensores de derechos humanos, abogados, jueces, fiscales y otros operadores jurídicos en el seno de los Estados. Por otra parte, desde ya conviene advertir que el presente trabajo no aborda ni se acerca al estudio específico de los tratados internacionales, las teorías tradicionales sobre las fuentes del derecho, su jerarquía ni la teoría general de las escuelas y métodos de la aplicación e interpretación del derecho interno e internacional, sino que hace referencia a la incorporación, interpretación y aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, cualquiera que sea la denominación dada.

### *Incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los ordenamientos internos*

Como es sabido, al hablar de la incorporación de los instrumentos internacionales en general y de los tratados de derechos humanos en particular, debe analizarse si el Estado en cuestión ha adoptado una posición dualista o monista respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Uno de los factores que han ayudado para alcanzar algunos modestos avances son las reformas que se han intentando implantar en América Latina, encaminadas a lograr la *independencia judicial*, tan necesaria al momento que un juez o un tribunal deba resolver una violación de los derechos humanos con responsabilidad de otros agentes del Estado. Expertos en la materia han realizado análisis muy recientes de algunos de estos cambios que se han producido en países de América Latina orientados a lograr la independencia judicial de otros poderes públicos, tales como los cambios en el sistema de selección judicial, establecimiento de la carrera judicial, autonomía presupuestaria, establecimiento de consejos de la magistratura, mecanismos de evaluación judicial objetivos, creación de escuelas judiciales, participación de la sociedad civil, aumento de salario de los jueces y magistrados, creación de cortes y salas constitucionales, inamovilidad en el cargo de los jueces, entre otras. Popkin, Margaret, “Fortalecer la independencia judicial” *En busca de una justicia distinta, Experiencias de reforma en América Latina*, Luis Pasara (comp.), Consorcio Justicia Viva, Perú, 2004, pp. 409-445; Pasara, Luis, “Lecciones ¿aprendidas o por aprender?”, *op. cit.* pp. 515-529.

<sup>3</sup> Casi todos los tratadistas de derecho internacional público refieren a estas teorías, haciendo un análisis metodológico de los autores clásicos como Triepel, Anzilotti, Kelsen, Scelle o Kunz. Entre los mexicanos puede verse en Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 23 ed., Editorial Porrúa, México 2002, pp. 67-76; Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, 21 ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 41-43. Entre alguno de los varios autores de derechos humanos que citan algunos casos concretos como, Steiner, Henry J y Alston, Philip, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, 2 ed., Oxford University Press, Great Britain, 2000, pp. 1004-1005.

En el caso de la adopción de un sistema dualista, que era el que predominaba y se enseñaba en las escuelas de derecho algunas décadas atrás, el ordenamiento jurídico internacional y el interno, son dos sistemas jurídicos separados. En virtud de este sistema, para que una norma de fuente internacional pueda tener algún valor en el ordenamiento interno de un país, es necesario un expreso acto de *transformación legislativa*, esto es, una ley que “rescriba” el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes.

Con la adopción de un sistema monista, ambos ordenamientos jurídicos: el interno y el internacional, están mutuamente interconectados y constituyen un único sistema jurídico estrechamente relacionado, donde los tratados internacionales se *incorporan automáticamente* luego de haber sido ratificados soberanamente por los Estados, y por ende, de manera automática, se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales.

Asimismo, y en análogo sentido, se ha expresado que el estatus de los tratados en el ordenamiento interno está determinado por dos diferentes técnicas constitucionales correspondientes a los sistemas enunciados precedentemente, la *incorporación legislativa* y la *incorporación automática*. Algunos países requieren que además de la ratificación, exista otro acto legislativo que cree la norma en el orden nacional nuevamente, distinguiendo dicho acto legislativo con el de la ratificación. Esta es la técnica seguida por el Reino Unido, los países del *commonwealth* y los países escandinavos. Otros Estados adoptan la incorporación automática de los tratados en el orden interno, en virtud del mero acto de ratificación, tales como Francia, Suiza, los Países Bajos, Estados Unidos, algunos países africanos y asiáticos y, la gran mayoría de los países de América Latina.<sup>4</sup>

Ahora bien, para saber si un determinado Estado se regula por un sistema dualista o monista no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos, sino que es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico interno, el que finalmente adopta una opción por uno u otro sistema.

<sup>4</sup> Steiner, Henry J y Alston, Philip, *International Human Rights in ... Op. cit*, p. 1000.

En la actualidad, la mayoría de las constituciones latinoamericanas han adoptado la posición monista<sup>5</sup> con algunas leves oscilaciones que van desde la regulación expresa hasta el más absoluto silencio. La mayoría de las constituciones de las Américas, disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional, forma *parte del derecho del Estado*.<sup>6</sup> Asimismo, cuando las constituciones no hacen referencias expresas, son la doctrina y la jurisprudencia nacional las que entienden y aceptan la incorporación automática de los instrumentos internacionales dentro del elenco de normas en el ordenamiento jurídico interno. Lo que resulta insoslayable, es que a diferencia del derecho internacional público clásico, el derecho internacional de los derechos humanos no rige exclusivamente la relación entre los Estados, sino *dentro de los Estados*.

Una vez que las constituciones nacionales incorporan como derecho, dentro de los Estados, a los tratados internacionales de derechos humanos, es importante conocer con qué nivel jerárquico ingresan estos en el ordenamiento jurídico interno.

#### *Jerarquía de los instrumentos incorporados dentro del ordenamiento jurídico interno*

El tema de la jerarquía con la que se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos tampoco es resuelto por lo dispuesto en el derecho

<sup>5</sup> Robertson, Geoffrey, *Crimes Against Humanity*, *Op. cit*, pp. 76-77. El autor británico indica que tanto Francia como España, así como varias de sus ex colonias en África y América, incorporan automáticamente los tratados internacionales de derechos humanos, desde el momento mismo de la ratificación por parte del Órgano Ejecutivo, por lo que el autor también considera que se convierten en “*part of the national law*”. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países de América, en Gran Bretaña y los demás países del *commonwealth*, que son “*dualistas*”, la ratificación como una decisión ejecutiva no tiene efectos a menos que el Parlamento incluya el tratado con un acto legislativo expreso, a efectos de que se convierta en ley local. No obstante ello, el autor afirma que los tribunales británicos aplican directamente “*the law of the nations*” y los principios derivados de los tratados de derechos humanos como integrantes de la “costumbre internacional”.

<sup>6</sup> Desde hace mucho tiempo, tribunales de muchos países como Inglaterra y los Estados Unidos, fueron los que han realizado los mayores avances jurisprudenciales, reconociendo como regla internacional: *international law is a part of the law of the land*, esto es, el derecho internacional es parte del derecho del país. En los Estados Unidos, se debe al famoso juez de la Suprema Corte, J.C. Marshall, la presencia del mismo Principio, en varios importantes asuntos que vinieron a la jurisdicción de ese tribunal. Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 23 edición, Editorial Porrúa, México 2002, pp. 69-71.

internacional, sino que una vez más, son las propias constituciones nacionales las que indefectiblemente definen de qué modo ingresan en el ordenamiento jurídico interno. Huelga decir que la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es un factor de extrema importancia al momento de solicitar la aplicación de ese derecho ante los tribunales domésticos y que estos puedan interpretarlo y aplicarlo debidamente.

Conviene recordar que uno de los postulados de la seguridad jurídica en cualquier ordenamiento jurídico, es la clarificación de una graduación o jerarquía normativa a partir de los enunciados constitucionales de cada Estado, teniendo en cuenta los poderes sociales de los que emanan. A partir de dichas consideraciones en las que se sustenta el derecho, la consecuencia obligada de una ordenación jerárquica, es el sometimiento de las normas inferiores a las superiores, superioridad que se manifiesta o debe manifestarse en la inconstitucionalidad o ilegalidad de aquellas normas que contradigan lo que dispone una norma de rango superior, por lo cual la norma superior ejerce una especie de función controladora sobre las inferiores. Sin perjuicio de lo anterior, luego se analizará que, en la aplicación de las normas de derechos humanos, se pueden considerar algunas leves correcciones a esta regla, a partir de la paulatina aceptación en el derecho internacional de los derechos humanos, del denominado Principio *pro homine*.

Siguiendo los lineamientos expuestos por varios juristas reconocidos y diversos estudios sobre este tema<sup>7</sup>, se puede afirmar que las constituciones nacionales de los países americanos incorporan y jerarquizan a los instrumentos internacionales en cuatro diferentes maneras, a saber: derecho internacional de los derechos humanos que puede modificar la Constitución (supraconstitucional); derecho internacional

<sup>7</sup> Entre diversos trabajos, puede consultarse en: Rodríguez, Diego, *et al*, *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, Banco Interamericano de Desarrollo y American University, Washington DC, 1999, pp. 87-97. Sagues, Néstor Pedro, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno”, *Retos a la Judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos CNDDHH, Lima, Perú, 1993, pp.87-95. *Guía sobre la aplicación del derecho internacional...* *Op. cit*, pp. 33-42. Un excelente trabajo acerca del constitucionalismo latinoamericano frente al derecho internacional de los derechos humanos, con un metodológico análisis del tipo de cláusulas constitucionales latinoamericanas relativas a los derechos humanos es el de Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Un estudio... *Op. cit*, pp. 33-74.

de los derechos humanos, equiparado a la Constitución (constitucional); derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y derecho internacional de los derechos humanos, equiparado a las leyes nacionales (legal). A continuación se propone un breve análisis de cada uno de estos sistemas, teniendo en cuenta las más recientes reformas constitucionales en algunos países de América Latina.

- Supraconstitucional

Para estas constituciones, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen respecto de la propia Constitución nacional, dado que son los propios textos constitucionales los que disponen tal solución. Esto hace que los tratados regirían aun oponiéndose a la propia Constitución. Este modelo es seguido entre otras, por las Constituciones de Guatemala, Honduras y también parece ser la línea adoptada por la nueva Constitución de Venezuela.

El Artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, dispone “*La preeminencia del Derecho Internacional. 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*”.

Los Artículos 16, 17 y 18 de la Constitución de Honduras de 1982, establecen que los tratados contrarios a la Constitución exigen su aprobación por el procedimiento de reforma constitucional; que forman parte del derecho interno; que cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo y, que en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

El Artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sin embargo, también parece establecer la supraconstitucionalidad<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Importantes defensores de derechos humanos lo han expresado refiriéndose a los tratados: “...todos aquellos debidamente suscritos forman parte de la legislación interna, conforme a lo establecido en el Artículo 23; incluso, prevalecen sobre la Constitución en razón del Principio de progresividad”. Correa, Carlos, “Democracia, Libertad de Expresión y Procesos Electorales” *Prensa y Elecciones, Experiencias de América Latina*, Instituto Prensa y Sociedad, Venezuela, 2004, p. 126.

al establecer que “*Prevalecen en el ordenamiento interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución ...*”

Los efectos que aparejaría el carácter supraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos serían que, en caso de que se suscitara un conflicto ideológico y/o normativo con la Constitución nacional, esta cláusula constitucional sería inválida. En cuanto a la armonización entre ambas fuentes, los preceptos constitucionales deberían ser interpretados según el contenido normativo e ideológico del tratado internacional de derechos humanos que le prevalece jerárquicamente.

- Constitucional

Con este modelo, las constituciones nacionales equiparan los tratados internacionales de derechos humanos a la misma jerarquía normativa de la propia Constitución. Es la propia Constitución la que concede a los tratados el rango constitucional, esto es, el máximo rango dentro de ordenamiento jurídico interno de un país. Las Constituciones de Argentina y Brasil son las que adoptan esta modalidad, sin perjuicio de la interpretación que se haga a la Constitución de Perú de 1993.

El Artículo 75 (22) de la Constitución argentina de 1994, consagra que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, y los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados expresamente, tienen jerarquía constitucional. Incluso, la Constitución prevé en qué modo deben sancionarse nuevos tratados de derechos humanos en el futuro, con efecto de que revistan la jerarquía constitucional.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Artículo 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder

Los Artículos 4 y 5 de la Constitución brasileña de 1988, recogen a los tratados internacionales de derechos humanos como el elenco de derechos constitucionalmente protegidos. El Artículo 4 establece “*A Republica Federativa do Brasil rege-se nas suas relacoes internacionais pelos seguintes principios: II. Prevalencia dos direitos humanos.*” Por su parte, el Artículo 5. 2 consagra: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constitucao nao excluem outros decorrentes do regime e dos principios por ela adotados, ou dos tratados internacionais en que a Republica Federativa do Brasil seja parte*”. Prestigiosos autores<sup>10</sup> consideran que la Constitución confiere naturaleza constitucional y que por otra parte, son inmediatamente exigibles en el orden jurídico interno, sin depender de un acto adicional del Poder Legislativo, como sucede con otros tratados que no refieren a la protección de los derechos humanos.

El Artículo 55 de la Constitución de Perú de 1993, establece que “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional*” y a pesar de que la redacción dada por la nueva Constitución es más deficiente que la dada por la Constitución de 1979, la doctrina peruana entiende que los tratados sobre derechos humanos mantienen la jerarquía constitucional o incluso, hasta podría tener jerarquía supraconstitucional.<sup>11</sup>

Los efectos de esta equiparación constitucional serían que en caso de que no exista oposición, cabe resolver si la Constitución debe interpretarse con criterios nacionales o internacionales. En caso que existieran ciertas oposiciones menores podría compatibilizarse con el cada

Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Constitución de la República Argentina del 22 de agosto de 1994.

<sup>10</sup> Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Direito Internacional e Direito Interno: Sua interacao dos Direitos Humanos*, Costa Rica, 1996, <http://www.dhnet.org.br/direitos>. Versión revisada el 19 de julio de 2004. Piovesan, Flavia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, São Paulo, 1996, p.111. Santos, Vanessa Flain dos, “Tratados de Direitos Humanos e Direito Interno” *Revista Ambito Jurídico*, 2002. Massuoli, Valerio de Oliveira, “Direitos Humanos e Relaçoes Internacionais: status do tratado internacional na ordem jurídica interna”, *Revista Nacional de Direito e Jurisprudencia*, v, 21, 2001, p. 61.

<sup>11</sup> Bazán Chacon, Iván, “Aplicación del Derecho Internacional en la Judicialización de violaciones de Derechos Humanos”, *Para Hacer Justicia. Reflexiones en torno a la Judicialización de casos de violaciones de Derechos Humanos*, Coordinadora Nacional de Derecho Humanos, Lima, 2004.

vez más aceptado, Principio *pro homine*. Igual sería la solución en caso que debiera cotejarse o armonizarse un tratado de derechos humanos con otro tratado “constitucionalizado” de derechos humanos.

En cualquier caso, lo que importa mucho más es en el caso que se diera una oposición entre un tratado de derechos humanos, que tiene rango constitucional y una ley nacional. En ese caso, la ley nacional que se oponga al tratado sería inválida. Respecto de la armonización, la ley debe ser interpretada normativa e ideológicamente conforme al tratado internacional de derechos humanos. Todo esto hace que la ley deba pensarse, interpretarse y aplicarse con la filosofía jurídico-política del tratado de derechos humanos.

- Supralegal

Cuando la jerarquía adoptada por la Constitución es la denominada supralegal o subconstitucional de primer grado, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden modificar la Constitución porque están por debajo de ésta, pero sí prevalecen sobre las leyes nacionales. Ejemplos como los de Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia o Paraguay son suficientemente elocuentes al respecto.

El Artículo 7 de la Constitución de Costa Rica de 1949, con la reforma de 2001, establece que los tratados tienen “*autoridad superior a las leyes*”.

Los Artículos 163 y 274 de la Constitución de Ecuador de 1998, establece que los tratados internacionales “*... forman parte del ordenamiento jurídico y prevalecerán sobre las leyes y otras y otras normas de menor jerarquía.*” Asimismo, el Artículo 18 establece que “*Los derechos y garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*”.

El Artículo 144 de la Constitución de El Salvador de 1983, establece que “*La ley no podrá modificar o derogar un tratado... en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.*”

Por su parte, el Artículo 93 la Constitución de Colombia de 1991, establece que “*Los tratados de derechos humanos prevalecen en el orden interno. Los derechos deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.*”

Finalmente, el Artículo 137 de la Constitución de Paraguay de 1992, consagra que “*La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado*”. Por otra parte, el Artículo 141 agrega que “*Los tratados internacionales válidamente celebrados ... forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.*”

Los efectos del carácter superlegal de los tratados de derechos humanos son:

1. Un tratado podría ser reputado inconstitucional, en caso de oponerse a la Constitución nacional.
2. Los tratados deben interpretarse de conformidad con las reglas constitucionales.
3. La ley nacional no puede derogar o modificar un tratado ratificado, aun siendo posterior, adolecería de inmediata invalidez, dada la jerarquía prevalente del tratado. De aceptarse el Principio *pro homine*, una ley posterior, aun con una jerarquía inferior a un tratado, se puede aplicar con prevalencia, en tanto establezca o consagre protecciones más favorables a las personas, que las consignadas en el tratado internacional. Esta ley posterior más favorable, formalmente no deroga al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, independientemente de su jerarquía inferior. Como se verá mas adelante, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo.
4. La ley nacional debe interpretarse de acuerdo a los tratados de derechos humanos ratificados. Debe haber armonización entre la ley y las líneas ideológicas y normativas del tratado.

- Legal

Con esta modalidad se conoce cuando la Constitución dispone que los tratados internacionales de derechos humanos tienen el mismo rango que la ley interna. En ese sentido, los ejemplos que podrían considerarse serían las Constituciones de los Estados Unidos de América, Uruguay y posiblemente, México, aunque este último tiene un fallo interpretativo de

la Suprema Corte de Justicia de la Nación que lo colocaría en el grupo anterior.

El Artículo VI. 2 de la Constitución de los Estados Unidos dispone que “*Todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán ley suprema del país.*” La jurisprudencia equipara a la Constitución a las leyes federales, por lo que una ley federal posterior, contraria a un tratado internacional de derechos humanos ratificado, podría hacer inaplicable o inválido al tratado anterior. En general, los jueces norteamericanos tienden a conciliar los contenidos de los tratados de derechos humanos y las leyes federales internas.<sup>12</sup>

El Artículo 6 de la Constitución de Uruguay de 1966, hace referencia a los tratados internacionales y al derecho internacional sin disponer expresamente la jerarquía dentro del ordenamiento jurídico interno. Son la doctrina y la jurisprudencia las que equiparan los tratados internacionales a la jerarquía de ley.

El Artículo 133 de la Constitución de México establece: “*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión*”. Este Artículo parece tener una redacción algo similar a la de los Estados Unidos, no obstante ello, una interpretación relativamente reciente, la colocaría en el grupo de países que ubican a los tratados internacionales por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en noviembre de 1999, (Tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación Tomo X) interpreta de que en virtud del Artículo 133 de la Constitución, *los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima de la ley federal y local*. Para la SCJN, sólo la Constitución es la Ley Suprema a la que hace referencia dicho Artículo, y abandonó la tesis que había sustentado desde 1992 (Tesis P. C/92 de diciembre de 1992) relativa a la equiparación entre los tratados y las leyes federales.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Sobre el sistema de tratados de derechos humanos en los Estados Unidos, los efectos de su ratificación y de la reserva con varios casos concretos, ver Steiner, Henry J. y Alston, Philip, *International Human Rights in Context... Op. cit*, pp. 1022-1078.

<sup>13</sup> Sobre la incorporación del derecho internacional en México, puede verse Barrena, Guadalupe y Montemayor, Carlos, “Incorporación del derecho internacional en la Constitución

Las consecuencias de la modalidad de equiparación legal serían:

1. El tratado internacional de derechos humanos está por debajo de la Constitución, y debe interpretarse de acuerdo a la misma.
2. Un tratado posterior derogaría a una ley anterior, excepto que la ley sea más protectora, en cuyo caso debería seguir siendo aplicada. Al igual que lo enunciado precedentemente, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo. En cambio, si la ley es menos protectora, se aplicaría directamente el tratado internacional más favorable.
3. Una ley posterior podría pretender derogar al tratado de derechos humanos anterior en caso de que se opongan. En el caso en que la ley posterior reduzca los niveles de protección consagrados en el tratado internacional y éste no fuera aplicado en virtud de la posterioridad de la ley, el Estado estaría haciéndose responsable internacionalmente por ello. Una decisión legislativa interna que estuviera haciendo inaplicable un tratado, requeriría de una denuncia internacional del tratado, a efecto de evitar cualquier responsabilidad internacional. En caso de que esta ley posterior sea más favorable, formalmente no deroga al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable por su carácter más protector, en cuyo caso operan las reglas de la temporalidad y del carácter más protectorio de la ley.
4. Los jueces podrían llegar a interpretar los tratados de derechos humanos con un espíritu internacional o nacional.

### *Operatividad de los instrumentos internacionales incorporados*

Resueltos los problemas de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y su ubicación jerárquica dentro del ordenamiento interno, queda por analizar si los instrumentos internacionales de derechos humanos en cuestión, tienen suficiente precisión y detalle, como para ser aplicados en los tribunales domésticos.

“Mexicana”, *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, volumen III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001. También en este trabajo se puede encontrar un análisis sobre la costumbre internacional y las decisiones de los tribunales internacionales como fuentes a incorporar en el ordenamiento interno mexicano.

Este tema ha sido resuelto años atrás en el ámbito del derecho internacional público, donde se elaboró el concepto clave de la *autoejecutabilidad* o *autoaplicabilidad* para decidir si una cláusula o norma de un instrumento internacional tiene vocación de incorporación automática o si por el contrario, pudiese requerir de un acto jurídico de transformación posterior. De más está decir, que resolver este punto es particularmente indispensable para cualquier intento de aplicación de las estipulaciones de un tratado que pueda invocar un particular ante un juez de jurisdicción interna.

Estudiosos de esta materia<sup>14</sup> han indicado que para que una norma sea autoejecutable, se requieren dos condiciones:

1. Que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que comparece ante un juez solicitando su aplicación. Para lo que resulta extremadamente importante la forma de redacción de la norma en cuestión.
2. Que la regla sea suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución este subordinada a un acto legislativo o administrativo subsiguiente.

En suma, resulta indispensable que la disposición del tratado tenga una redacción que la haga susceptible de aplicación inmediata y directa, sin el requerimiento de una acción jurídica complementaria para lograr su implementación o exigibilidad.

<sup>14</sup> Jiménez De Arechaga, Eduardo, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No 7, 1988, San José, Costa Rica. En el estudio publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se concluye que una norma de origen internacional que haya sido incorporada al orden interno puede ser invocada para exigirse su cumplimiento cuanto es autoejecutable, esto es, si: a) establece un derecho de un modo claro y específico y, b) contiene los elementos necesarios para que un juez aplique tal derecho al caso concreto sin necesidad de que una norma secundaria o reglamentaria complete la primera, a los efectos de que pueda ser aplicada y resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido. Ver, entre diversos trabajos, “Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la ...” *Op. cit.*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1996, p. 50. También sobre este tema puede verse Sepúlveda, César, “La autoridad de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno”, Boletín del Instituto de Derecho Comparado, No. 45, III, México, 1962, pp. 511-519. Sobre el carácter autoejecutable de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, puede consultarse en Cancado Trindade y Antonio Augusto, *Direito Internacional e Direito...*” *Op. cit.*, así como en “La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación... *Op. cit.*, pp. 99-101.

También se ha hablado de una *presunción de autoejecutabilidad* en algunos casos.<sup>15</sup> Asimismo, se ha considerado que cuando pasa el tiempo sin que el Poder Ejecutivo ni el Legislativo soliciten o sancionen una ley, bien podría ser considerada por un juez como autoejecutable o, de no entenderlo así, como un incumplimiento estatal con innumerables consecuencias jurídicas.<sup>16</sup>

Sin perjuicio de los desarrollos teóricos del derecho internacional público, es muy importante considerar que en materia de tratados de derechos humanos, los objetivos y las razones difieren de los demás tratados internacionales. Los tratados de derechos humanos tienen como objetivo reconocer en favor de los individuos, derechos y libertades fundamentales, no regular las relaciones entre los Estados parte.

El derecho internacional de los derechos humanos “Regula las relaciones entre el individuo y el Estado, imponiendo determinadas obligaciones a este último...”<sup>17</sup>

También la Opinión Consultiva 7 de la Corte Interamericana dispuso que no es suficiente que un Artículo haga referencia a la ley, para que pierda autoejecutividad. Para que ello ocurra es necesario que la realidad y vigencia del propio derecho quede expresamente encomendada, por el precepto, al dictado de una ley o de medidas complementarias. Las cuestiones administrativas pendientes no hacen

<sup>15</sup> En efecto, en los Estados Unidos se había aceptado una teoría de un abogado del Departamento de Estado, Hackworth, que entendía que una disposición de un tratado es ejecutable por sí misma, *a menos* que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley.

<sup>16</sup> En derecho internacional se reconoce la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial: a) cuando por si mismos causan un ilícito internacional, cuando aplican mal un tratado o una costumbre internacional, o cuando aplicando el derecho interno lo hacen de manera de violar una norma internacional que se deba cumplir, y b) cuando cometan la figura clásica de “denegación de justicia”. Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, *Op. cit*, p. 242.

<sup>17</sup> Faundes Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1996, pp. 28-29. Afirmando este razonamiento, una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de septiembre de 1982, estableció: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio reciproco 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 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”.

perder la ejecutabilidad de una norma internacional que consagra un derecho.

Si un juez nacional resuelve, sin fundamentos jurídicos verosímiles, que una norma derivada de un tratado internacional de derechos humanos no es autoejecutable por sí misma, ese acto judicial podría llegar a revelar una violación internacional. Siempre es importante recordar que el Estado debe no sólo *respetar*, sino también *garantizar* el libre ejercicio de los derechos humanos, por lo que no puede negar a los individuos el necesario amparo jurisdiccional para exigir el cumplimiento de un derecho que es inherente a su persona. Queda claro que al ratificar un tratado en derechos humanos, el Estado se encuentra en la obligación de *prevenir, investigar y sancionar* violaciones, organizando instituciones que efectivamente cumplan con ese cometido.

#### *Aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los tribunales nacionales*

Incorporado el tratado internacional de derechos humanos por la Constitución del Estado, definida su jerarquía y consentida su autoejecutabilidad, sólo resta que el o los derechos consagrados en el tratado se hagan exigibles y aplicables por un juez nacional. Desde este punto, se ingresa en el ámbito de la interpretación y la aplicación del tratado internacional de los derechos humanos por parte de un juez dentro de la jurisdicción del Estado. La aplicación de estas normas se rige, en esencia, por las mismas reglas por las que se conduce la aplicación del derecho en general, reglas entre las que ocupan un lugar destacado las de carácter interpretativo internacional y nacional que se analizarán seguidamente, además de ciertas reglas de hermenéutica o de interpretación particulares, que inspiran al derecho internacional de los derechos humanos.

Al ingresar en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho de fuente internacional, en primera instancia el juez nacional debe tener en cuenta dos disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

El Artículo 27, sobre el derecho interno y la observancia de los tratados de la mencionada Convención, dispone: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*”; en tanto, el Artículo 29 sobre el

ámbito territorial de los tratados establece: “*Un tratado será obligatorio por cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una disposición diferente se desprenda de él o conste de otro modo.*”

Estas son dos reglas básicas, generales y previas que los jueces deben considerar al momento de la aplicabilidad de un tratado internacional y que deben hacer el esfuerzo de armonización con las reglas tradicionales de aplicación e interpretación del derecho.

### *Reglas tradicionales de aplicación e interpretación del Derecho*

Sin perjuicio de lo anterior, al incorporarse el tratado como parte del derecho *dentro del Estado*, y atendiendo a una determinada jerarquía dada por la propia Constitución, el juez siempre está en condiciones de analizar las reglas tradicionales para aplicarlo en el ordenamiento jurídico interno, esto es, las clásicas reglas de la *jerarquía* y la *temporalidad* de las fuentes, que a los efectos ilustrativos se describen someramente.

En el caso de existir *concurrencia* de normas de distintas fuentes y que sean simultáneamente vigentes, el juzgador debe aplicar la norma que tenga mayor jerarquía, por lo que, frente a un caso de *vigencia simultánea* de normas de distinto rango, predomina la que cuente con mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

En el caso de que se produzca una *sucesión* de normas opuestas del mismo rango, capaces de sustituirse o derogarse expresa o tácitamente entre ellas, el juzgador debe aplicar aquella que sea posterior en el tiempo, o en otras palabras, frente a un caso de “*vigencia sucesiva*” de normas opuestas o contradictorias, predomina aquella que haya sido sancionada con posterioridad en el tiempo.

Por otra parte, el juez nacional debe tener en cuenta las consecuencias que se derivan de la elección jerárquica de los tratados internacionales, pero siempre debe entenderla de acuerdo a las normas de interpretación de los tratados que finalmente son la fuente directa.

Los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, establecen reglas mínimas de interpretación de los tratados internacionales, que en cualquier caso deben ser tenidas en cuenta. En efecto, el Artículo 31 establece que “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado*

*en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*"; y agrega, "Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además, del texto, incluidos su preámbulo y anexos."<sup>18</sup>

En suma, el juez nacional cuenta con reglas de interpretación derivadas de los propios tratados internacionales en general, de los tratados internacionales de derechos humanos y reglas del derecho interno, todo lo cual debe procurar armonizar de un modo lógico y sistemático.

### *El Principio *pro homine* en derechos humanos*

Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes de derecho tanto del orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.

En el ámbito del derecho internacional, el propio Artículo 31 de la Convención de Viena,<sup>19</sup> permite fundamentar lo que se ha denominado o puede denominarse el *Principio *pro homine**<sup>20</sup> cada vez más aceptado por los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos e

<sup>18</sup> De manera secundaria, el Artículo 32 dispone que "Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o, b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

<sup>19</sup> Sobre la interpretación de los tratados de derecho internacional general, de acuerdo a la Convención de Viena, puede verse Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, 21 ed., Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 212-213.

<sup>20</sup> Sobre el Principio *pro homine*, puede verse Cancado Trindade, Antonio Augusto, "Direito Internacional e Direito, *Op. cit.* En este ensayo, el prestigioso profesor brasileño lo denomina de la "Primazia da Norma Mais Favoravel as Vítimas" con una extenso fundamento en textos internacionales de derechos humanos de carácter universal, americano y europeo. Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p.163. Rodríguez Rescia, Víctor M., "El sistema internacional de las Naciones Unidas y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su relación con el derecho interno", en *I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos*, ASIES, IDHUSAC, IIJ/

incluso reconocido como parte de la *lógica y la principiología* propias del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>21</sup>

En ese sentido, se ha subrayado que “*La invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, dado el objetivo garantista que orienta la materia*”<sup>22</sup> En análogo sentido se ha expresado que este Principio se puede considerar como “(...) *un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos...* *Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre.*”<sup>23</sup>

En efecto, de acuerdo al Artículo 31.1 de la Convención de Viena, la interpretación debe tener en cuenta el *objeto y fin* del tratado y es aquí donde debe recordarse que los tratados de derechos humanos tienen como objeto y fin, el conferir derechos a los individuos frente al Estado y no regular las relaciones entre los Estados como lo hace el “*derecho de gentes*”<sup>24</sup>.

Además de lo establecido en la Convención de Viena, aplicable con carácter general en el derecho internacional y de lo que disponen muchas constituciones nacionales,<sup>25</sup> son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla

URL, PNUD, Guatemala, 2002, pp. 523-525. Bazán Chacón, Iván, “Aplicación del Derecho Internacional en la Judicialización...” Op. cit, pp. 27-28.

<sup>21</sup> Piovesan, Flavia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos” en *Sur, revista internacional de derechos humanos*, Número 1, (Edición en español), Red Universitaria de Derechos Humanos, Brasil, 2004, p. 25.

<sup>22</sup> Sobre este punto puede verse *Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la ... Op. cit.*, p. 56.

<sup>23</sup> Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de...” Op. cit., p. 163.

<sup>24</sup> En ese sentido, prestigiosos especialistas en derecho internacional público afirman que el derecho internacional moderno ya no se ocupa exclusivamente de las relaciones políticas entre las naciones, sino que también tiende a procurar la justicia social a todos los hombres. Sepúlveda, César, *Derecho ... Op. cit.*, p 340.

<sup>25</sup> Las constituciones nacionales juegan un rol fundamental para fundamentar internamente la aplicación del Principio *pro homine*, no obstante ello, abordar metodológicamente este extremo, requeriría de mayor atención, de un extenso análisis particular, que rebasaría los objetivos del presente trabajo. A mero título de ejemplo, en la Constitución de Perú de 1993, se consagra el Principio *pro homine* en el mismo Artículo 1, que establece “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*”. Bazán Chacón, Iván, “Aplicación del Derecho Internacional en la ...” Op. cit., p. 27.

de interpretación *pro homine*, tanto en el ámbito universal, como en el propio Sistema Interamericano de derechos humanos.

Sin pretender presentar una enumeración detallada y exacta de las normas internacionales, y a modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones de algunos de estos instrumentos internacionales de carácter universal:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966), Artículo 5:

“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18/12/1979), Artículo 23:

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.

- Convención sobre los Derechos del Niño (20/11/1989), Artículo 41:

“Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducente a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

- Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988), Principio 3:

“No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”.

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10/12/1984), Artículo 1.2:

“El presente Artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992), Artículo 21:

“Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”.

También en el ámbito del Sistema Interamericano, los instrumentos internacionales de alcance regional, reconocen y consagran el Principio de interpretación *pro homini*. A continuación se enuncian algunos:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969), Artículo 29:

“Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la

Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que se parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9/06/1994), Artículo XV:

“Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales y otros acuerdos suscritos entre las partes”.

- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (7/06/1999), Artículo VII:

“No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado”.

De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o a la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este Principio de interpretación *pro homine*, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica al momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos.

Este Principio se basa en que los derechos inherentes a la persona, reconocidos por la conciencia jurídica universal, deben ser protegidos frente al accionar ilegítimo del Estado, así como frente a la institucionalidad estatal, a sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando, los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como la red de relacionamientos institucionales que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos en un escenario de impunidad.

Si en otras ramas de derecho existen reglas de hermenéutica similares a la que se expone aquí, tales como la civilista del *favor debitoris*, la penalista del *in dubio pro reo*, la laboral del *in dubio pro operario*, mucho más sentido tiene el Principio de interpretación *pro homine*, cuando de lo que se trata no es de estar en desventaja frente a otro particular o a un empresario, sino de la desigualdad existente entre un individuo y el propio Estado, para hacer valer, nada más ni nada menos, que sus derechos humanos fundamentales, como soporte indispensable y excluyente de todos los otros derechos del ser humano.

Resulta claro que en el ámbito de los derechos humanos no puede regir la regla *in dubio pro reo*, propia del derecho penal, debido a que el responsable directo o indirecto de la violación es un agente del Estado que precisamente está llamado a proteger los derechos de las personas y que por otra parte, y lo que es más delicado aún, puede servirse de todo o parte de la institucionalidad estatal para favorecer su impunidad. Debe señalarse que el Principio *pro homine* ha sido aceptado por tribunales domésticos como una regla de hermenéutica para entender los derechos humanos.<sup>26</sup> Luego de esto, resta analizar como desde nuestro punto de vista, se manifiesta o se puede aplicar esta regla de hermenéutica propia de nuestra disciplina.

<sup>26</sup> Al igual que con el análisis del fundamento del Principio *pro homine* en las constituciones nacionales, lo que rebasaría el objetivo de este trabajo, resulta de extremo interés hacer una recopilación de los fallos emitidos por los tribunales nacionales de las Américas, en cuanto a la aceptación de los tratados de derechos humanos incorporados en general, y del Principio *pro homine*, en particular. En el caso de Perú, un reciente fallo del Tribunal Constitucional (29/01/2003) lo recoge expresamente. Bazán Chacón, Iván, “Aplicación del Derecho Internacional en la...” *Op. cit.*, pp. 27-28.

### *Formas de aplicación del Principio pro homine*

En virtud de lo que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos anteriormente citados, se puede afirmar que esta regla interpretativa *pro homine* podría manifestarse o ser aplicada de diferentes maneras: como un útil instrumento tanto para el juzgador de un caso concreto, como para el resto de los operadores jurídicos –el agente fiscal, el defensor público o el abogado–.

Siguiendo lineamientos análogos derivados de otras disciplinas jurídicas,<sup>27</sup> e intentando proponer una sistematización metodológica que favorezca la aplicación de este Principio, se podría consentir que el principio *pro homine* se manifiesta de tres maneras diferentes, o lo que es lo mismo, se traduce en tres reglas que podrían ser denominadas como las de la conservación de la norma más protectora, la aplicación de la norma más favorable y la interpretación con el sentido más protector.

#### a) Aplicación de la norma más protectora

Una de las formas es aplicar la regla de interpretación *pro homine* cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, eligiendo a aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos.

<sup>27</sup> En el ámbito del derecho laboral, se ha desarrollado el denominado *Principio protector*, como una regla de interpretación y aplicación, tanto para fuentes derivadas del derecho interno, como para aquellas derivadas del derecho internacional, en particular, los convenios internacionales de trabajo de la OIT. Sobre el desarrollo y las reglas de aplicación de este Principio, que en puridad tiene similares fundamentos que los del derecho internacional de los derechos humanos, debe verse Pla Rodríguez, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editorial De Palma, Argentina, 1978. Sobre la vigencia sucesiva y temporal del derecho interno y su articulación con el derecho internacional del trabajo, puede consultarse Henderson, Humberto, “La conservación de las condiciones más favorables: Amparo, ajuste o eclipse de un criterio fundamental” *Jornadas Uruguayas-Santafesinas*, Argentina, 1997, pp. 439-449.

Similar a lo que existe en otras disciplinas, aquí se trata de que la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona, prevalezca sobre otra de igual, inferior o incluso de superior rango y sea aplicada en tanto más protectora del o de los derechos fundamentales del ser humano. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía, cedería frente a la conveniencia de otra norma, aun de una jerarquía inferior, en caso que mejor proteja al ser humano.

Con esta regla no puede plantearse un problema de “ilegalidad” al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior (tratados internacionales de derechos humanos ratificados) los que expresamente permiten la aplicación de aquella otra norma, en tanto más protectora. Esto puede darse entre dos normas de fuente internacional o una norma internacional con una nacional, en virtud de lo que consagran los propios tratados internacionales de derechos humanos.

Indudablemente que si la norma de rango inferior consagra menor protección, el juzgador debe volver a aplicar la tradicional regla de la jerarquía y disponer el cumplimiento de la norma superior, ya sea una ley o sea un tratado –en tanto conceda mayores reaseguros a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos–. Son las reglas de la norma más protectora y la jerarquía las que operan en este proceso de interpretación y aplicación del derecho.

Es importante subrayar que aquí no está en juego un problema de derogación ni abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango. Todo ello sin perjuicio de los tradicionales problemas técnicos<sup>28</sup> que apareja calificar a una norma como más protectora de los derechos humanos, al momento de compararla con otra.

Esta aplicación del Principio puede verse, entre otras, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

<sup>28</sup> Los criterios de comparación que puede utilizar el intérprete al momento de aplicar el Derecho son: 1) la comparación global entre normas, dándose preferencia en bloque, a la que en conjunto resulta más favorable; 2) la selección de los artículos o disposiciones más favorables que contienen cada una de las normas a comparar; y, 3) la comparación parcial entre grupos homogéneos de materias de una y otras normas.

b) Conservación de la norma más favorable

También a partir de los instrumentos internacionales, el Principio *pro homine* actúa como una regla de interpretación y aplicación en el caso de *sucesión de normas*, esto es, cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. A deferencia de la regla anterior, en este caso se ingresa en el terreno de la temporalidad.

En virtud de esta regla del Principio *pro homine*, una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre mejores o mayores protecciones, para las personas, que deben conservarse. Una vez más, importa señalar que las propias normas internacionales disponen expresamente que aunque sean posteriores en el tiempo al momento de ser ratificadas, no derogan otras disposiciones nacionales o internacionales anteriores que establezcan protecciones más favorables al ser humano, dejando de lado las reglas de la jerarquía y la temporalidad y consagrando la conservación de las normas que mejor protejan.

Con esta segunda manifestación del Principio, es la regla tradicional de la temporalidad la que adolece de leves variaciones, en tanto los propios tratados internacionales de derechos humanos lo habilitan expresamente y no está en juego un problema de derogación o abrogación.

Esta regla puede provocar algunas dificultades adicionales, en caso de que se considere la vigencia sucesiva de dos normas de derecho interno, por ejemplo, dos leyes de igual rango. Aquí el juez nacional se encontrará con diferentes problemas de hermenéutica, pero atendiendo a lo que dispongan las normas nacionales, debería hacer el máximo esfuerzo para armonizar estas leyes a efecto de no desmejorar las protecciones de los derechos humanos. En cualquier caso, esta última hipótesis es algo más difícil que se concrete en sistemas democráticos y de pleno respeto del Estado de derecho.

Para finalizar con la vigencia sucesiva, cabe subrayar que una norma de rango inferior posterior en el tiempo, que intente desmejorar derechos, no puede derogar a la norma anterior de rango superior, en virtud de las tradicionales reglas de la jerarquía y de la aplicación del mismo Principio *pro homine*.

Esta aplicación del Principio puede verse, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1969), el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión (1988), la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

c) Interpretación con sentido tutelar

Finalmente, puede señalarse la aceptación del Principio *pro homine*, cuando un juez se encuentre frente a una norma de derechos humanos donde pudieran existir varias interpretaciones posibles, esto es, cuando exista una *res dubia*, de una pluralidad de posibles interpretaciones de la norma. A diferencia de las dos reglas anteriores, esta regla no se aplica para casos donde existen dos o más normas con vocación de aplicabilidad a una situación concreta, sino que tiene incidencia al momento de analizar el significado de una determinada norma, sin que exista una situación de concurrencia o sucesión de distintas normas.

En este caso, el juez debería adoptar la interpretación que mejor tutele al individuo o a la víctima, siempre que ello no lleve a una aplicación contraria a la voluntad expresa del legislador o del órgano creador de esa norma internacional. Esta regla o manifestación del Principio *pro homine*, no refiere a la comparación de diferentes normas posiblemente aplicables, es de utilidad al momento de buscar el significado de un precepto ambiguo de una determinada norma y darle el alcance que mejor tutele al ser humano.

A pesar de que esta tercera manifestación del Principio *pro homine* no aparece explícitamente en las normas internacionales anteriormente citadas, se puede fundar en los propios textos constitucionales de los Estados, y a escala internacional, en lo dispuesto en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, es importante recordar la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de septiembre de 1982, anteriormente citada, de la que se desprende que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es el objeto y el fin del tratado, por lo que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo.

d) Un ejercicio de aplicación práctica

A los efectos de exemplificar una de las posibles formas de aplicación de las reglas tradicionales del derecho, armonizadas con el Principio *pro homine* y dos de sus reglas o manifestaciones, y con la única intención de dar una guía práctica para los operadores jurídicos, es que se propone un ejercicio teórico dentro de un ordenamiento jurídico donde los tratados internacionales de derechos humanos estén jerárquicamente por encima de la ley nacional. Una vez más se aclara que en este ejercicio teórico de lo que se trata es de la aplicabilidad, no de derogación o abrogación de normas.

Existe una ley y posteriormente el Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos. En caso que ese tratado contenga disposiciones más protectoras que la ley, debe ser aplicado en virtud de las reglas tradicionales de la *temporalidad* y *jerarquía*, lo que también podría ser complementado con la regla de la *norma más protectora* del Principio *pro homine*.

En caso que ese tratado contenga disposiciones menos protectoras que la ley, y aun siendo jerárquicamente superior y posterior en el tiempo, debe atenderse la regla de la *conservación de la norma más favorable* del Principio *pro homine*, por lo que se debe aplicar la ley. Como se dijo anteriormente, los propios tratados de derechos humanos aceptan expresamente esta regla, modificando las reglas tradicionales de la jerarquía y la temporalidad.

Existe un tratado internacional de derechos humanos ratificado y, posteriormente el Estado ratifica otro tratado internacional de derechos humanos, ambos tienen igual jerarquía y se refieren a los mismos temas, hipótesis que comúnmente se da entre normas internacionales de alcance universal y regional.

En caso de que el segundo tratado contenga disposiciones más protectoras, éste debe ser aplicado, en virtud de la regla tradicional de la *temporalidad*, complementada con la regla de la *norma más protectora* del Principio *pro homine*. Aquí no se plantea un problema de jerarquía entre ambas normas.

En caso de que el segundo tratado contenga disposiciones menos protectoras y siendo posterior en el tiempo, debe aplicarse la regla de la

*conservación de la norma más favorable* del Principio *pro homine*, esto es, el primer tratado internacional de derechos humanos. Al igual que en el caso anterior, los propios tratados de derechos humanos aceptan expresamente esta regla, modificándose de este modo la regla tradicional de la temporalidad.

Existe un tratado internacional de derechos humanos ratificado y luego el Estado sanciona una ley posterior, que dentro de su orden jurídico tiene menor rango jerárquico.

En caso que la ley posterior contenga disposiciones más protectoras que el tratado, esta última es la que debe ser aplicada, en virtud de la regla de la *norma más protectora* del Principio *pro homine*, consagrada por los propios tratados internacionales de derechos humanos, modificándose de este modo, la regla tradicional de la jerarquía, en tanto que la regla tradicional de la temporalidad cede ante las dos anteriores.

En caso que la ley posterior contenga disposiciones menos protectoras que el tratado, debe aplicarse la regla tradicional de la jerarquía, la que se puede complementar por la regla de la *conservación de la norma más favorable* del Principio *pro homine*, derivada de los tratados internacionales de derechos humanos. Huelga decir que la regla de la temporalidad no puede ser aplicada en este caso.

Finalmente, una vez más resulta importante señalar que lo anterior no pretender ser más que un mero ejercicio teórico, donde no se ha tenido en cuenta la incidencia que pudiera tener el Principio *pro homine* que derive de los textos constitucionales nacionales ni se han previsto hipótesis que confronten exclusivamente normas de fuente interna.

### *Aproximación a algunas conclusiones*

No obstante la inicial reticencia de los tribunales domésticos para aplicar el derecho de fuente internacional como es el de los derechos humanos, en ocasiones producto de la debilidad formativa, el desconocimiento de las normas de derechos humanos y los compromisos y lealtades hacia las autoridades gubernamentales, esta aplicabilidad corresponde bajo cualquier razonamiento jurídico que se intente emprender. La consecuencia insoslayable de la incorporación de un tratado de derechos humanos autoejecutable, es su vocación de aplicabilidad y la correspondiente obligación de los jueces para que los tengan en cuenta cuando corresponde

su aplicación directa, además de constituirse en una fuente de interpretación obligatoria para las propias normas nacionales de derechos humanos.

Teniendo en cuenta los textos constitucionales y las reglas tradicionales de interpretación y aplicación del derecho, la consecuencia no puede ser otra que la de la factibilidad de aplicación. A ello cabe agregar Principios propios del derecho internacional de los derechos humanos, como el *pro homine*, que representan otra herramienta con la que pueden contar los tribunales internos. El Principio *pro homine* representa una significativa herramienta de hermenéutica de creación nacional e internacional, de aceptación doctrinaria especializada y que los jueces no pueden ni deberían desconocer. Se proponen tres posibilidades de aplicación de este Principio, como un intento más de buscar la delimitación de su alcance.

Son los abogados que trabajan en derechos humanos, quienes deben hacer un doble y significativo esfuerzo, por un lado invocar los tratados internacionales de derechos humanos en todos aquellos casos que sea pertinente ante los tribunales nacionales, y por otro, colaborar con los Ombudsman, jueces y fiscales, proporcionando toda la información que sea necesaria para que ellos se familiaricen con estas normas y con los criterios interpretativos propios de los derechos humanos. Son las organizaciones no gubernamentales que trabajan en derechos humanos, sus redes, sus líderes, sus capacitadores y sus promotores quienes deben seguir esforzándose por la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, armonizado con el derecho nacional, para que sean los propios tribunales nacionales los que den pasos firmes, mas allá de los discursos de las autoridades gubernamentales.

Indudablemente que seguir insistiendo en este tema, a primera instancia muy teórico, es uno de los tantos retos en los que no deben haber descansos en momentos coyunturales tan adversos, momentos en que los expertos insisten en la necesidad de “acompañar la denuncia con la disposición al diálogo” y la elaboración de propuestas concretas y razonables, constituyéndose en formadores de opinión con un mensaje “ético y programático” a la vez.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Méndez, Juan E. y Mariezcurrera, Javier, “Las perspectivas para el trabajo en derechos humanos a partir del 11 de septiembre de 2001” *Grupos de Reflexión Regional. Temas de Derechos Humanos en Debate*, Coordinador de contenidos, José Zalaquett, Instituto de Defensa Legal, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Perú, 2004, pp. 299-308.

Aun reconociendo dificultades, ese parece ser el único rumbo posible, buscando consensos, alianzas y compromisos estratégicos con jueces, fiscales, defensores y en general algunas autoridades gubernamentales.

Las experiencias de abogados defensores de derechos humanos actuando como “querellantes adhesivos”, “coadyuvantes”, involucrados en las investigaciones, en la proposición de los argumentos jurídicos, en los medios probatorios y sobre todo, cumpliendo un rol estratégico desde adentro del procedimiento judicial, lo que permite exigir desde el inicio, y durante todo el procedimiento, la aplicación armónica y efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional.