

Capítulo tercero

La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno y las propuestas de Constitución en Chile 2022 y 2023

Carlos AYALA CORAO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rango Supraconstitucional*. III. *Rango Constitucional*. IV. *Rango Supralegal*. V. *Rango Legal*. VI. *La jerarquía y el valor constitucional de los derechos humanos*.

139

I. Introducción

Los derechos humanos son objeto de estudio tanto por el Derecho constitucional (interno) como por el Derecho internacional. En el Derecho constitucional, se estudia el tema de los derechos humanos, dentro del capítulo que Bidart Campos denominó el “Derecho constitucional de los derechos humanos”.¹ Mientras que en el Derecho internacional público, el tema de los derechos humanos ha adquirido una proyección tal, que su evolución ha permitido consolidar la formación de una nueva rama denominada el “Derecho internacional de los derechos humanos”.²

Afortunadamente, los constitucionalistas no hemos dejado o abandonado el tema de los derechos humanos al tratamiento exclusivo de los internacionalistas. Ello ha permitido la elaboración doctrinaria del tema desde

* Profesor titular de Derecho constitucional; ex presidente de la CIDH; vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas.

¹ Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

² Nikken, Pedro, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 72. Caracas, 1989; y Piza R., Rodolfo E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, 1989.

ambas perspectivas. Sin embargo, ya se advierte que el tema de los derechos humanos no puede ser abordado exclusivamente por el Derecho internacional ni por el Derecho constitucional, sino por un método multidisciplinario por las razones que expondremos en el presente trabajo. La especificidad de los derechos humanos requiere así de un tratamiento singular, que en los próximos años debe permitir la formación de un “Derecho de los derechos humanos” como disciplina y rama jurídica autónoma.

Conforme al Derecho internacional, y en particular bajo el Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos (convencionales) internacionales.³ Por lo cual, si el ejercicio de esos derechos no estuviere garantizado por las disposiciones legislativas o de otro “carácter” (como son las disposiciones constitucionales), los Estados deben adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las exigencias de los instrumentos internacionales, las medidas legislativas o de otro “carácter” que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos.⁴ Entre estas medidas legislativas y de otro carácter, se incluyen las disposiciones y normas constitucionales.

En consecuencia, se trata de una obligación *erga omnes*, completa y comprensiva, que abarca a todo el ordenamiento jurídico del Estado, es decir, todo el Derecho interno, comenzando con la propia Constitución. En este sentido, bajo el Derecho internacional e incluso como un principio de *ius cogens*, los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).⁵ Por lo cual, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su Derecho interno, incluida su Constitución, para pretender justificar el incumplimiento de un tratado.⁶

En ese sentido, en el ámbito interamericano, los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) deben cumplir con sus obligaciones internacionales de respeto, garantía y protección, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH. De allí que todos los po-

³ CADH, art. 1.1 y PIDCP, art. 2.1.

⁴ CADH, art. 2 y PIDCP, art. 2.2.

⁵ CVDT, art. 26:

Artículo 26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁶ CVDT, art. 27:

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

deres públicos del Estado tienen la obligación de abstenerse de dictar actos contrarios a la CADH; y en caso de que se encuentren frente a uno de esa naturaleza, deben adoptar las medidas necesarias, de conformidad con sus competencias constitucionales y legales, para privarlo de sus efectos —a fin de que el mismo no sea aplicado—. De lo contrario, en caso de la aplicación de actos jurídicos incompatibles con el tratado que cause daños no reparados internamente, se generará la responsabilidad internacional del Estado por la expedición del acto; así como la responsabilidad por su aplicación; y por su no anulación, derogación, revocatoria o anulación, según el caso.

En consecuencia, si el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en tratados, como la CADH, no estuviere garantizado por sus disposiciones constitucionales, los Estados se comprometen a adoptar —con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las exigencias de los instrumentos internacionales—, las medidas constitucionales que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos.⁷

El control de la convencionalidad de las Constituciones en materia de derechos humanos se lleva a cabo en sede judicial internacional por los tribunales regionales de derechos humanos, mediante vías y modalidades no exactamente iguales (aunque en algo similares) a los mecanismos domésticos de control de la constitucionalidad.⁸ Como veremos en detalle, la Corte IDH como tribunal internacional es competente para controlar la convencionalidad de las Constituciones de los Estados, a través de un control judicial concentrado por vías directas y por vías incidentales, mediante: (i) un control consultivo abstracto o general; (ii) un control consultivo específico y (iii) un control contencioso.

Dicho control de convencionalidad se justifica, además, como dijimos, en los principios del Derecho internacional general de buena fe y

⁷ CADH, art. 2.

⁸ Véase también, Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Instituto de Derecho Comparado, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1961 y Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1966; Fix-Zamudio, Héctor, *25 años de Evolución de la Justicia Constitucional*, México, UNAM, 1968; Brewer Carías, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de Derecho Comparado*, San Cristóbal, 1994; y Brewer Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1989; Ayala Corao, Carlos, *Reflexiones sobre la Jurisdicción Constitucional*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello (mimeografía), 1986 y Ayala Corao, Carlos, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad del Externado, 1996.

pacta sunt servanda (art. 26), así como en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁹

En consecuencia, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, los Estados están obligados a cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que se desprenden de ellos, sin que puedan invocar como excusa su ordenamiento interno, incluida su Constitución.

Ahora bien, desde el punto de vista exclusivo del Derecho interno, las Constituciones suelen determinar su ubicación de los tratados en la jerarquía de las fuentes. Así, en términos generales, en Derecho comparado las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor en el Derecho interno: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) supralegal; y 4) legal. En momentos en los cuales se ha propuesto un apoyo y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resulta interesante destacar las modalidades de jerarquía que tienen los tratados sobre derechos humanos en el Derecho interno; y cómo aquéllos pueden priorizarse de manera de vincular al resto del ordenamiento jurídico.¹⁰ Pero, como quedó dicho *supra* e insistimos una vez más, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, los Estados están obligados a cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que se desprenden de aquéllos, sin que puedan invocar como excusa su ordenamiento interno, incluida su Constitución.

En todo caso, la regla de interpretación de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales, es que ésta debe llevarse a cabo conforme al principio de progresividad o *pro persona*. En ese sentido, la interpretación que se haga en el Derecho interno siempre debe seguir como base o mínimo la interpreta-

⁹ Al respecto, Corte Internacional de Justicia, Avis du 26 avril 1988, *Accord de siège États Unis-Onu*.

¹⁰ Seguimos en este trabajo lo expuesto por nosotros en Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. II, Caracas, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA Asociación Venezolana de Derechos Constitucionales, 1996 y en Ayala Corao, Carlos, *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

ción común realizada por el órgano internacional autorizado, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹¹

II. Rango Supraconstitucional

Conforme a este sistema, los tratados internacionales prevalecen aún respecto a la Constitución del propio Estado. Como ejemplo de este sistema, suele citarse la Constitución de los Países Bajos de 1956, cuyo artículo 63 estableció: “Si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución”.

Dicha Constitución fue modificada en 1983, en cuyo artículo 91 se exige para la aprobación de tratados que contradigan la Constitución, $\frac{2}{3}$ de los votos escrutados. El artículo 94 de dicha Constitución vigente establece en consecuencia, que las normas jurídicas del reino no serán aplicables, cuando ésta sea incompatible con las disposiciones de un tratado o con las resoluciones internacionales.

En América Latina, Piza Rocafort ha considerado que los casos de Guatemala y Honduras, resultan asimilables, de alguna manera, al sistema de rango supraconstitucional de los instrumentos internacionales.¹² La Constitución de Guatemala, respecto a los instrumentos internacionales, establece en su artículo 46, el principio general de que (solo) en materia de derechos humanos los tratados y convenciones tienen preeminencia sobre el derecho interno: “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”.

Esta fórmula genérica de preeminencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos sobre el derecho interno, podría dar lugar a dudas sobre si en ella está claramente comprendida la Constitución. Sin embargo, dicha duda puede aclararse al conocerse que el origen de la norma se debe, al impacto de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana

¹¹ Nikken, Pedro, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 72, Caracas, 1989.

¹² Rodolfo E. Piza R., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, San José, 1989.

de Derechos Humanos OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, en la cual la Corte estableció que un país no puede, aunque su Constitución se lo permita (como era el caso de Guatemala), “aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna”.¹³

En el caso de Honduras, el artículo 16 establece que los tratados celebrados con otros Estados, forman parte del Derecho interno; y el artículo 18, consagra la preeminencia de los tratados sobre las leyes, en caso de conflicto. Pero además de esos principios generales y ordinarios, la propia Constitución en su artículo 17 permite los tratados internacionales contrarios a ella, en cuyo caso exige su aprobación por el procedimiento de reforma constitucional: “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”.

Una fórmula similar a la de Honduras está contenida en la Constitución de Perú de 1993, en su artículo 57: “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”.

En esos casos pareciera operar en la práctica una reforma de la Constitución por vía de un tratado internacional, que adquiere el carácter de una “ley constitucional” capaz de modificar el texto fundamental, en virtud de la autorización expresa o delegación del poder constituyente. De lo contrario, en caso de no efectuarse la aprobación del tratado por el procedimiento de reforma constitucional, el mismo resultaría inconstitucional.

En España, la fórmula utilizada tiene la lógica inversa, al exigir como condición previa para la aprobación de un tratado contrario a la Constitución, la previa revisión de la misma; en cuyo caso, los órganos legitimados pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción:

Artículo 95:

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

¹³ Corte IDH, *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A No. 3.

2. El gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Con lo cual resulta evidente que en España, si un tratado a celebrarse contiene disposiciones contrarias a la Constitución, su celebración no puede concluirse, sino hasta que o en caso de que, la propia Constitución se reforme para adaptar sus normas a las del tratado. De lo contrario, el tratado celebrado sin ese paso previo resultaría inconstitucional.

III. Rango Constitucional

Conforme a este sistema, los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales tienen rango constitucional, adquiriendo la *supremacía y en consecuencia la rigidez* propias de la Constitución.

Modelo de este sistema lo configura la Constitución de Perú de 1979, derogada por la que fue aprobada en 1993 que entró en vigencia en 1994. El artículo 105 de la referida Constitución de 1979, establecía: “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 reforma de la Constitución de Argentina de 1994, si bien le da a los tratados en general una jerarquía “superior a las leyes”; a los tratados y declaraciones vigentes sobre derechos humanos que enumera expresa y taxativamente en el artículo 75, inciso 22, les otorga la “jerarquía constitucional”; y los demás tratados sobre derechos humanos, podrán gozar de la “jerarquía constitucional”, en caso de que luego de ser aprobados por el Congreso se les imponga el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Dicha norma expone el siguiente contenido:

Artículo 75. Corresponden 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 la condiciones de su vigencia *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. *Sólo podrán ser denunciados* en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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

Con lo cual, conforme a dicha norma, los tratados sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución. Por ello, esos tratados solo pueden ser denunciados previo cumplimiento de un procedimiento agravado, previsto en la Constitución: la previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Siguiendo esa tendencia, la Constitución de Venezuela de 1999, estableció la jerarquía constitucional —únicamente— de los tratados sobre derechos humanos, permitiendo que incluso prevalezcan en el orden interno frente a la Constitución en la medida en que contengan normas más favorables:

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

Desafortunadamente, el secuestro político del Estado de Derecho en Venezuela incluida la justicia y, en particular, la jurisdicción constitucional, ha convertido a la Constitución, incluida esta norma, en letra muerta, llegando incluso a desdecir lo que ella misma dispone.¹⁴

El caso singular de Costa Rica, donde la Constitución le otorgó a los tratados una jerarquía *supralegal*, pero la jurisprudencia le ha asignado una jerarquía *constitucional*, será analizado en el próximo acápite.

La incorporación al bloque de la Constitucionalidad

La incorporación de la CADH y la jurisprudencia interamericana al bloque de la constitucionalidad ha facilitado a los tribunales constitucionales y cortes supremas de justicia de Latinoamérica, ejercer la jurisdicción constitucional aplicando directamente la interpretación de los derechos conforme a la jurisprudencia internacional.

Las Constituciones de varios países latinoamericanos han otorgado a los tratados sobre derechos humanos *jerarquía constitucional* (por ejemplo Argentina, Venezuela, Brasil, República Dominicana y Ecuador).¹⁵ Otra técnica comúnmente utilizada también es la asignación de la categoría de “derechos de rango constitucional” a los contenidos en los instrumentos internacionales.¹⁶ En otros casos, con o sin las características anteriores, se han incorporado expresa o implícitamente los tratados sobre derechos humanos —incluida la jurisprudencia de la Corte IDH— al Bloque de la constitucionalidad. Ello ha permitido, que en variadas vías procesales de la jurisdicción constitucional, tanto la CADH como la jurisprudencia de la Corte IDH jueguen un rol determinante.

¹⁴ Ver Ayala Corao, Carlos, “Del Estado de Derecho al Estado de Hecho: La destrucción de la Democracia Constitucional en Venezuela”, en *El Falseamiento del Estado de Derecho*, World Jurist Association, World Jurist Foundation, Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, 2021; y Ayala Corao, Carlos, *Libro Homenaje a Cecilia Sosa*, t. I, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), 2021.

¹⁵ Ver Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (Funda), 2004.

¹⁶ *Idem*.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana en diversos casos, ha venido conformando el bloque de la constitucionalidad, primero, incorporando a los tratados sobre derechos humanos, y segundo, a la jurisprudencia internacional. En este sentido, la Corte Constitucional en el caso *demanda de Inconstitucionalidad contra Las Expresiones “Grave” (Artículos de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal)*,¹⁷ reiteró su doctrina sobre un bloque de constitucionalidad, integrado por: “(i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos («Constitución Política» artículo 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias”. La Corte Constitucional colombiana ha incorporado de una manera progresiva al bloque de la constitucionalidad las decisiones de los organismos internacionales creados por esos tratados de derechos humanos, en virtud de lo cual, evidentemente ha incluido la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en el *Caso Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*,¹⁸ esa Corte se expresó en los siguientes términos:

Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, *el bloque de constitucionalidad* relativo a la libertad de expresión ha de estar *integrado por las normas internacionales*, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues *la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.¹⁹ (Resaltados añadidos).

En sentido similar, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana²⁰ afirmó la existencia de un *bloque de la constitucionalidad* de doble fuente, integrado por la Constitución y los tratados sobre derechos

¹⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia, *caso demanda de Inconstitucionalidad contra Las Expresiones “Grave” (Artículos de la Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal)*, Sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005.

¹⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*, Sentencia T-1319/01 de 7 de diciembre de 2001.

¹⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Jaime Rodríguez vs. Iván Mejía Álvarez*, Sentencia de 7 de diciembre de 2001.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Resolución No. 1920-2003 de 13 de noviembre de 2003.

humanos, incluida la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual es de “carácter vinculante”:

Atendido, a que la República Dominicana, *tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional*, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y *b) la internacional*, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *fuentes normativas que en su conjunto*, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el *bloque de constitucionalidad*, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.

Atendido, que, en consecuencia, *es de carácter vinculante para el Estado dominicano*, y, por ende, *para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales*, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes.²¹ (Resaltados añadidos).

Esa misma alta Corte dominicana, ha ratificado la incorporación de la jurisprudencia de la Corte IDH al *bloque de la constitucionalidad*, en los siguientes términos:²²

... al referirse a la primacía de la Constitución y los tratados en el sentido de que éstos “prevalecen siempre sobre la ley”, de lo que se infiere que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por *la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, lo que se ha dado en denominar *bloque de constitucionalidad*, que reconoce igual rango a las normas que lo componen.²³ (Resaltados añadidos).

²¹ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Resolución de 13 de noviembre de 2003.

²² Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Sentencia de 9 de febrero de 2005.

²³ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Sentencia de 9 de febrero de 2005.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver *la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma*,²⁴ reiteró su jurisprudencia sobre la jerarquía constitucional de los instrumentos sobre derechos humanos, al sostener que éstos “tienen no solamente un *valor similar* a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, *priman por sobre la Constitución*” (resaltados añadidos). En sentido similar, en el ya citado caso relativo a la *Acción de Inconstitucionalidad contra el Artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*,²⁵ la Corte costarricense expresó que resultaba “inexplicable” que habiendo ese Estado acudido “hace más de diez años” a la Corte IDH a solicitar la Opinión Consultiva No. 5,²⁶ “la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia”.

Por lo cual, a fin de darle una lógica sistemática, la Corte costarricense reconoció el carácter vinculante no sólo a las sentencias en los casos contenciosos sino a las opiniones consultivas, particularmente con relación al Estado solicitante, “otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional”. Con base en ese razonamiento, invocando el valor de la interpretación realizada por la Corte IDH en su OC-5,²⁷ terminó declarando la inconstitucionalidad de la norma relativa a la colegiación obligatoria de periodistas, añadiendo que “no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no sólo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación”.²⁸

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al resolver la consulta sobre el Proyecto de Ley para aprobar El Estatuto de Roma, *Resolución 2000-09685* (expediente 00-008325-007-CO) de 1 de noviembre de 2000 y ver sentencia No. 2313-95.

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Caso de la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*, Sentencia de 9 de mayo de 1995.

²⁶ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

²⁷ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Caso de la Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas*, Sentencia de 9 de mayo de 1995.

La misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, en la *Consulta Preceptiva de Constitucionalidad en relación al Proyecto de Reforma al Inciso 5 del Artículo 14 de la Constitución Política*,²⁹ relativo al tema del trato sin discriminación por razones de sexo, que había sido objeto de la Opinión Consultiva No. 4³⁰ de la Corte IDH solicitada por el propio Estado de Costa Rica, expresó que la recepción de la interpretación de la Corte IDH “constituye un deber del Estado costarricense, puesto que se origina primero en un mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la Opinión Consultiva No. OC-4/84,³¹ al conocer una consulta del gobierno de Costa Rica sobre reformas constitucionales en lo referente a la “naturalización”.

En sentido similar, el Tribunal Constitucional peruano, ha declarado la inconstitucionalidad de una norma del Código Procesal Constitucional (art. 5, numeral 8), que impedía el ejercicio de acciones de amparo constitucional contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. Para ello, en el citado *Caso Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República*,³² el Tribunal peruano invocó el “carácter vinculante” de la jurisprudencia de la Corte IDH, incluidas sus opiniones consultivas, pero en especial el caso contencioso sobre derechos políticos en *Yatama vs. Nicaragua*.³³

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el citado *Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Jorge Rafael*,³⁴ declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto de indulto presidencial, por resultar violatorio de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la CADH, que tienen *jerarquía constitucional* (art. 75, inciso 22), invocando para ello diversos casos de la Corte IDH y en especial el *Caso Barrios Altos vs. Perú*.³⁵ Igualmente se pronunció dicha Corte argentina en el *Caso*

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, *Consulta Preceptiva de Constitucionalidad en relación al Proyecto de Reforma al Inciso 5 del Artículo 14 de la Constitución Política*, Consulta 98-005381-007-CO-S- de 11 de agosto de 1998.

³⁰ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (Serie A No. 4).

³¹ Corte IDH, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84.

³² Tribunal Constitucional del Perú, *Colegio de Abogados del Callao vs. Congreso de la República*, Sentencia de 19 de junio de 2007 (00007-2007-PI/TC-19).

³³ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *Caso Jorge Rafael Videla*, Sentencia 21 de agosto de 2003.

³⁵ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

*Simón, Julio Héctor y otros*³⁶ antes citado, en el cual declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Punto Final y la Ley de Obediencia Debida,³⁷ haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH (Caso *Barrios Altos vs. Perú*),³⁸ como una “pauta imprescindible de interpretación” que es “imperativa” aplicar.

Otra modalidad en la cual algunos tribunales constitucionales latinoamericanos han incorporado los tratados sobre derechos humanos incluida la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH al *bloque de la constitucionalidad*, ha sido de manera implícita o inherente, mediante las declaratorias sobre la constitucionalidad de actos y leyes, haciendo mención a las normas de los instrumentos internacionales o indirectamente a la jurisprudencia internacional.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano, al declarar la inconstitucionalidad de varias normas contenidas en las llamadas “leyes antiterroristas” (Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880 y sus normas complementarias y conexas),³⁹ acordó que la interpretación de la Constitución peruana (art. 73) en materias de justicia militar debía hacerse, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, y en concreto, los criterios anteriormente expresados por la Corte IDH en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*.⁴⁰

Así mismo, el anterior Tribunal Constitucional boliviano, en el caso *Defensor del Pueblo (Waldo Albarracín)*⁴¹ al declarar la inconstitucionalidad de varias normas del Reglamento de Seguridad Social por invadir la reserva legal para limitar los derechos en materia de afiliación de beneficiarios del seguro social, invocó la interpretación constitucional conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH realizada en la Opinión Consultiva No. 6⁴² y el artículo 30 de la CADH.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, *Caso Simón, Julio Héctor y otros*, Sentencia de 14 de junio de 2005.

³⁷ Leyes 23.492 y 23.521 respectivamente.

³⁸ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

³⁹ Tribunal Constitucional del Perú, *Inconstitucionalidad de las “Leyes antiterroristas”*, Sentencia de 3 de enero de 2003.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Serie C No. 52).

⁴¹ Tribunal Constitucional de Bolivia, caso *Defensor del Pueblo (Waldo Albarracín)*, Sentencia de 5 de abril de 2006.

⁴² Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 (Serie A, No. 6).

La Corte Suprema de Justicia chilena, en su casación en el *Caso Manuel Tomás Rojas Fuentes*,⁴³ sin citar expresamente la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *Barrios Altos vs. Perú* y *Almonacid Arellano vs. Chile*, ha despojado de los efectos jurídicos a la ley de amnistía, al establecer:

Trigésimo sexto. Que, al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas...

En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley No. 2.191, sobre amnistía de mil novecientos setenta y ocho, carecen de efectos jurídicos.

La Corte Suprema de Justicia guatemalteca en el *Caso Francisco Velásquez López* relativo a un recurso de casación,⁴⁴ se refirió a la errónea interpretación del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al no darle la “preeminencia debida” a la CADH, ni al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales,⁴⁵ los cuales obligan al Estado al respeto debido de los métodos y las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas, por parte de los tribunales y autoridades del Estado que deben pronunciarse en materia penal para juzgar los delitos que cometen sus miembros”.

Por su parte, la anterior Corte Suprema de Justicia venezolana, había comenzado a desarrollar bajo la Constitución de 1961 en el marco de sus funciones como órgano jurisdiccional de control concentrado de la constitucionalidad, la tesis de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son un “parámetro de constitucionalidad”.⁴⁶ En el caso

⁴³ Corte Suprema de Chile, *Manuel Tomás Rojas Fuentes*, Sentencia de 13 de marzo de 2007.

⁴⁴ Corte Suprema de Guatemala, *Francisco Velásquez López*, Sentencia No. 218-2003 de 7 de octubre de 2004.

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

⁴⁶ Véase Ayala Corao, Carlos, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos por la Jurisprudencia Constitucional*, op. cit.

contra la *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas*,⁴⁷ la Corte declaró la inconstitucionalidad de dicha Ley que había sido dictada por su Asamblea Legislativa estatal sin consultar con las comunidades indígenas afectadas. A pesar de que el derecho a la participación política directa no estaba consagrado expresamente en la Constitución venezolana, la Corte lo consideró un derecho constitucional implícito, en virtud de estar reconocido en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁴⁸

Ahora bien, tales presupuestos de la mencionada ley, se reitera, requieren de la participación ciudadana-política. En este sentido, el artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicada en *Gaceta Oficial*, número 2146 Extraordinaria, de fecha 28 de enero de 1978 prevé el derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos. Disposiciones similares se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23), instrumentos formales de derecho, ratificados por Venezuela y que forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano. Esta normativa fue consagrada expresamente en la propia Constitución del Estado Amazonas en su artículo 15: “La Asamblea Legislativa promoverá la realización de referendos en las comunidades para la modificación de los elementos relativos a la organización municipal en la jurisdicción estatal.”⁴⁹

Finalmente, la Corte venezolana concluyó que dicha situación configuraba una “lesión constitucional” y, con base en ello, declaró la nulidad absoluta de la ley impugnada, por violar el derecho humano constitucionalizado de participación ciudadana en la fase de su formación:

Según lo expuesto, se circunscribe, la presente decisión a la lesión constitucional de los derechos de las minorías, previstos en la Carta Magna y en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, situación que permite, con fundamento en el artículo 46 del Texto

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas*, Sentencia de 5 de diciembre de 1996.

⁴⁸ Ver texto de la sentencia en Ayala Corao, Carlos, “Jurisprudencia Constitucional en Venezuela. El derecho a la participación política de los pueblos indígenas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1997, pp. 348 y ss.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas*, Sentencia de 5 de diciembre de 1996.

Fundamental: “Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo”, ANULAR el acto impugnado, en sus disposiciones lesivas de los mencionados derechos, con prescindencia del análisis de violaciones de rango legal. Así se declara, conforme al artículo 215 ordinal 4o. de la Carta Magna y el artículo 42 ordinal 3o., en concordancia con el artículo 43 de la Ley.⁵⁰

Dicha jurisprudencia se fortaleció y profundizó en el caso contra la *Ley sobre Vagos y Maleantes*,⁵¹ en el cual, la Corte venezolana al declarar su inconstitucionalidad, fundó su razonamiento en argumentos que incluyeron los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En el capítulo IV del fallo, titulado “Violación de los Derechos Humanos”, señaló que la Ley impugnada:

omite las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Así lo establecen los artículos 9o. y 14 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7o. y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵²

De manera tajante, esa Corte afirmó que los derechos humanos están constitucionalizados en Venezuela, por lo que los instrumentos internacionales que los consagran adquieren la jerarquía constitucional; convirtiéndose, como en el caso concreto de la Convención Americana, en “parámetro para el control de la constitucionalidad”. En palabras de la Corte:

Al quedar constitucionalizados los derechos humanos, conforme a la disposición contenida en el artículo 50 de la Constitución de la República, la Ley sobre Vagos y Maleantes vulnera “Ipsa jure” convenciones Internacionales y Tratados, sobre los derechos del hombre, en la medida en que dichos instrumentos adquieren jerarquía constitucional.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro derecho interno como norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas*, Sentencia de 5 de diciembre de 1996.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley sobre Vagos y Maleantes*, Sentencia de 14 de octubre de 1997.

⁵² *Idem*.

Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales.⁵³

Esta evolución jurisprudencial resultó finalmente “constitucionalizada” al incorporarse en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 —a propuesta nuestra— una norma que consagra expresamente la *jerarquía constitucional* de los tratados relativos a los derechos humanos. No obstante, como veremos más adelante, contradictoriamente, a partir de 1999, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha sido *regresiva* en esta materia.

Por su parte, la Sala Constitucional salvadoreña ha sido creativa, al incorporar indirectamente (“por vía refleja”) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al *bloque de la constitucionalidad*. En efecto, en el caso *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*,⁵⁴ dicho Tribunal si bien reconoció que en ese país dichos instrumentos no forman el bloque de constitucionalidad, ello no es óbice para invocarlos como “complemento de la pretensión” constitucional. En el caso concreto, se declaró la inconstitucionalidad de una norma de dicha ley, por violar no sólo la Constitución sino la Convención de los Derechos del Niño: “La trasgresión constitucional se entiende por acción refleja, cometida en relación con el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], ante la contradicción entre la ley secundaria y un tratado internacional de derechos humanos”.

La pretensión de inconstitucionalidad, en estos casos, se ve condicionada al establecimiento de la violación a un tratado que desarrolle derechos humanos, pues es preciso tomar en cuenta que la misma Constitución confiere a los tratados internacionales de derechos humanos mayor fuerza pasiva con respecto a la ley secundaria, estableciendo que no pueden ser modificados o derogados por leyes secundarias —[artículos] 1o. y 144, [inciso] 2—...

Ésta implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; *incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes* prescritos por el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución]...

⁵³ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Ley sobre Vagos y Maleantes*, Sentencia de 14 de octubre de 1997.

⁵⁴ Sala Constitucional de El Salvador, *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*, Sentencia de 1 de abril de 2004 (Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003).

En definitiva, el [artículo] 144, [inciso] 2, [de la Constitución], conectado con la concepción personalista del Estado —[artículo] 1o. y Preámbulo—, de la cual se deriva la regla hermenéutica en favor de la dignidad: restringir lo limitativo y expandir lo favorable a ella, no sólo determina *la fuerza vinculante y jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, además, permite proponer una apertura normativa hacia ellos...*

Por tanto, *si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelvan nugatoria la efectividad de las primeras.*⁵⁵ (Resaltados añadidos).

En contravía con todo este desarrollo del diálogo jurisprudencia, muchas veces creativo e innovador por las altas jurisdicciones latinoamericanas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en ejecución del artículo 23 de la Constitución, ha reconocido el bloque de la constitucionalidad integrado por los tratados sobre derechos humanos, aunque de seguidas ha desnaturalizado dicho concepto, afirmando que la interpretación de esos instrumentos la debe realizar autónomamente dicha Sala.⁵⁶ Ello es, sin seguir las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte IDH, este Tribunal venezolano ha rechazado las sentencias de la Corte IDH por ser supuestamente “intervencionistas” e “imperialistas”, afirmando además, que las mismas sólo están sometidas a su propio control de constitucionalidad (“pasavante”); llegando incluso a declararlas “inejecutables” y a solicitar al Ejecutivo Nacional que denuncie la propia CADH⁵⁷.

IV. Rango Supralegal

En este sistema, las normas de Derecho internacional tienen un valor superior a las normas de Derecho interno —aunque no pueden modificar

⁵⁵ Sala Constitucional de El Salvador, *Inconstitucionalidad de la Ley Anti Maras*, Sentencia de 1 de abril de 2004.

⁵⁶ *Cfr.* Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia de 10 de agosto de 2007, No. 1746/2007 y Sala Constitucional, Sentencia de 19 de febrero de 2002, No. 278/2002.

⁵⁷ Sobre dicha polémica ver, Ayala Corao, Carlos *La “inejecución” de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2010.

la Constitución—. Es decir, los tratados prevalecen en este caso, sobre las leyes nacionales.

Dicha fórmula es la consagrada en la Constitución de Alemania, en cuyo artículo 25 se establece que las normas generales del Derecho internacional público constituyen parte integrante del Derecho federal, y se sobreponen a las leyes: “Las reglas generales del Derecho Internacional son parte integrante del Derecho Federal. Tienen primacía sobre las leyes y producen derechos y obligaciones inmediatos para los habitantes del territorio federal”.

La Constitución de Italia utiliza una fórmula sencilla en el encabezamiento del artículo 10, al expresar: “El orden jurídico italiano se adecua a las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas”.

En el mismo sentido, la Constitución de Francia establece en su artículo 55, la supremacía de los tratados internacionales sobre las normas legales ordinarias, al mismo tiempo que los subordina a las normas constitucionales: “Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

A semejanza del caso español antes citado, el texto fundamental francés establece en su artículo 54, que si el Consejo Constitucional declara que un acuerdo internacional contiene una disposición contraria a la Constitución, “la autorización de ratificarlo o aprobarlo no podrá producirse sino después de la reforma de la Constitución”.

Una fórmula *sui generis* fue utilizada en la Constitución Española (artículo 96.1) al establecerse una cláusula que solo permite derogar, modificar o suspender los tratados, en la forma prevista en éstos o conforme al Derecho Internacional: “Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

En América Latina, el sistema de jerarquía supralegal de los tratados, ha sido acogido por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Colombia.

En el caso de Costa Rica, el artículo 7 (incorporado en 1968) establece el rango superior de los tratados sobre las leyes, (pero se entiende, in-

ferior a la Constitución), al expresar: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

La Constitución de El Salvador establece expresamente, artículo 144, que un caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado:

Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Asimismo, la Constitución salvadoreña aclara expresamente el rango infraconstitucional de los tratados, al disponer en su artículo 145: “No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República”.

En el caso de Guatemala, conforme al artículo 46 de la Constitución antes citado, en materia de derechos humanos, los tratados “tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Por lo cual, independientemente de su ubicación supraconstitucional, en todo caso, los tratados sobre derechos humanos, tienen una jerarquía superior a las leyes y demás normas del Derecho interno.

Conforme a la Constitución de Honduras, también en todo caso, el tratado prevalece sobre la ley artículo 18: “En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley, prevalecerá el primero”.

Por su parte, la Constitución Colombiana declara en su artículo 93, que los tratados sobre Derechos Humanos prevalecen en orden interno:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

En Venezuela, a pesar de que como se verá *infra*, el sistema es el del rango legal de los tratados, curiosamente, en materia de Derecho Internacional Privado, el Código de Procedimiento Civil reconoce la jerarquía superior de los tratados sobre el Derecho Interno (artículo 8).

V. Rango Legal

Conforme a este sistema, se confiere a los tratados internacionales el mismo rango que a la ley interna. Este sistema que coloca en igualdad jerárquica a los tratados y a las leyes es el más difundido entre los Estados.

El sistema del rango legal de los tratados es el contenido en la Constitución de Estados Unidos, con la fórmula tradicional consagrada en el artículo VI. 2., al expresar que todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán la ley suprema del país. Dicha expresión ha sido recogida por la jurisprudencia anglosajona bajo la expresión "*Internacional Law is part of the Law of the Land*".

La Constitución de México, consagra una fórmula similar a la de Estados Unidos, al disponer en su artículo 133:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ellas 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. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Otras Constituciones latinoamericanas, tampoco consagran normas expresas sobre el rango de los tratados, pero su jerarquía legal se infiere, de normas que ubican a éstos en el mismo rango de la ley.

La Constitución de Uruguay, aun cuando en su artículo 60. hace referencia a los tratados internacionales y al Derecho Internacional, no dispone expresamente su rango o jerarquía en el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a concluir, que en esos casos los tratados tienen rango de ley.⁵⁸

⁵⁸ Jimenez de Arechaga, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Enero/Junio 1988, San José, p. 28 y Gros Espiell, Héctor "Los Tratados sobre

VI. La jerarquía y el valor constitucional de los derechos humanos

En el constitucionalismo moderno existe una tendencia a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, a otorgarle a los derechos humanos internacionales, el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución.

Lo importante de este fenómeno de “constitucionalización de los derechos humanos”, es que el mismo se lleva a cabo, con independencia del problema anteriormente planteado, acerca de la jerarquía en sí de los tratados que los consagran. En consecuencia, el problema jurídico-formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno, deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material su objeto o contenido (los derechos humanos), va a equipararse al mismo rango de los derechos constitucionales. En otras palabras, los derechos humanos, por esta vía, son igualados a los derechos de la Constitución. De esta manera, los derechos humanos adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales, y por tanto el de la Constitución misma.

Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas: por vía de someter la interpretación de los derechos a los instrumentos sobre derechos humanos; por vía de declarar el reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instrumentos internacionales; y por vía de las cláusulas abiertas (no taxativas) de los derechos constitucionales. Pero las Constituciones no siempre utilizan con claridad estas técnicas, y a veces utilizan más de una de ellas simultáneamente.

1. *La técnica de interpretación conforme*

Esta técnica consiste en incorporar en la Constitución una cláusula conforme a la cual, las normas sobre los derechos que la propia Cons-

Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1987.

titución reconoce explícitamente, deben interpretarse de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. De esta manera, el Estado a través de sus distintos órganos del Poder Público (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, u otros), se encuentra vinculado para interpretar los derechos constitucionales conforme al contenido de los derechos humanos. Ello permite así, la incorporación de los derechos humanos por vía interpretativa al rango y valor de los derechos constitucionales.

La Constitución española representa este modelo, al consagrar en su artículo 10.2. el siguiente principio: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En el caso de España, los derechos humanos adquieren además consagración propia y expresa en el Preámbulo de la Constitución, al reconocerse que los mismos constituyen una proclamación de voluntad de la Nación española, de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos...”.

En este mismo sentido, la Constitución de Portugal establece en su artículo 16.2: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

Así mismo, la Constitución de Colombia contiene una cláusula interpretativa de los derechos constitucionales, pero referida más ampliamente a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dicha norma está contenida en el único aparte del artículo 93, el cual establece: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

2. La técnica declarativa

Esta técnica consiste en declaraciones constitucionales de reconocimiento expreso de los derechos humanos, contenidos en diversos instru-

mentos internacionales. En otras palabras, con prescindencia de normas sobre el rango de los tratados y demás instrumentos internacionales, esta técnica incorpora cláusulas en la Constitución, que declaran el reconocimiento expreso de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La técnica declarativa tiene dos modalidades: A) las declaraciones de reconocimiento de los derechos humanos contenidas en los Preámbulos de las Constituciones; y B) las declaraciones contenidas en el texto del articulado de las Constituciones.

A. Declaraciones contenidas en los Preámbulos

La mayoría de las Constituciones de la postguerra que contienen Preámbulos, suelen hacer declaraciones de propósito y de reconocimiento universal de los derechos, y algunas de ellas hacen mención expresa a los derechos humanos.

Tal es el caso de la Constitución de Venezuela (1999), la cual declara entre sus propósitos, “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos” (Preámbulo).

La Constitución de Guatemala declara expresamente en su Preámbulo como finalidad de dicha Carta: “impulsar la plena vigencia de los Derechos Humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al Derecho”.

B. Declaraciones contenidas en el articulado

La técnica declarativa en el articulado es utilizada en las Constituciones de Chile, México, Nicaragua y Brasil.

En el caso de Chile, la cláusula declarativa fue incorporada a la Constitución de 1980 en las modificaciones añadidas en 1989, entre las cuales, se agregó al final del artículo 5o. (II) la siguiente disposición

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales 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 encuentren vigentes.

Como lo ha expresado Cançado Trindade en relación con esa norma, “de este modo los derechos garantizados por aquellos tratados pasaron a equipararse jerárquicamente a los garantizados por la Constitución chilena reformada”.⁵⁹

En el caso de México, es necesario referirse a la reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011. En efecto, ese año se aprobaron varias reformas a la Constitución mexicana muy importantes en materia de derechos humanos, entre las cuales se modificó el artículo 1o. constitucional (en sus párrafos primero y quinto y adicionado con dos párrafos —segundo y tercero—), el cual quedó aprobado de la siguiente manera:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales* de los que el Estado mexicano sea parte, *así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los *principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁶⁰ (Resaltados añadidos).

⁵⁹ Cançado Trindade, Antonio, “La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos”, en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un Enfoque a partir de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993, pp. 238 y 239.

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *cit.*

Se trata de una reforma constitucional que introdujo nuevos paradigmas al reconocer los derechos humanos y sus garantías en los tratados internacionales; así como la pauta de interpretación conforme de las normas relativas a los derechos humanos acorde con la Constitución y con los tratados internacionales, con base, entre otros, en el principio de progresividad y de la norma más favorable. A pesar de estos avances normativo-constitucionales en materia de derechos humanos y la potencialidad de su desarrollo jurisprudencial,⁶¹ alguna jurisprudencia ha interpretado algunas normas del mismo artículo constitucional en forma gramatical, limitada y aislada, dando lugar a resultados inconstitucionales o al menos claramente inconvencionales. Nos referimos en concreto, a la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) —como juez constitucional— de algunos párrafos de dicho artículo 1o. constitucional, que establecen que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse ni suspenderse, “salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”; y que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán “de conformidad con esta Cons-

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ministro ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Se trata de la primera sentencia que de manera trascendental estableció de manera obligatoria para todos los jueces del país, que (1) a partir de la referida reforma constitucional, las normas de derechos humanos de fuente internacional forman parte del *parámetro de regularidad constitucional*, por lo que ya no se relacionan con las normas constitucionales en términos jerárquicos, sino a partir del principio *pro persona*; y (2) la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos los jueces del país, siempre que sea más favorable para las personas. Véase también, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Resolución dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en el Expediente Varios 912/2012, el 14 de julio de 2011, sobre las obligaciones para el Poder Judicial derivadas de la sentencia de la Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs México* y con anterioridad, Expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011. Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/1 (10a.), actos de tortura, cuando los órganos jurisdiccionales, con motivo de sus funciones, tengan conocimiento de la manifestación de una persona que afirme haberlos sufrido, oficiosamente deberán dar vista con tal afirmación a la autoridad ministerial que deba investigar ese probable ilícito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, México, Libro XI, Agosto de 2012, t. 2, p. 1107. Ver, Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis y Stainer, Christian (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, IIJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Fundación Konrad Adenauer, 2013, t.1. y Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos: El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa/IIJ-UNAM, 2011.

titución” y con los tratados internacionales. El artículo 1o. constitucional en forma alguna supone la derogación del principio jerárquico de la supremacía constitucional, ya que las normas de tratados sobre derechos humanos han sido incorporadas en el Derecho interno y por ello tienen formalmente el mismo rango que las de los tratados.⁶² Por lo cual, no podemos hablar de una relación jerárquica entre ellas, sino como lo advierte la propia Constitución: en virtud del principio de progresividad, deberá prevalecer la norma que contenga la protección más amplia y favorable al goce y ejercicio de los derechos.⁶³

Sin embargo, la misma sentencia de la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN que de manera trascendental estableció que la referida reforma constitucional de 2011 introdujo a los derechos humanos de fuente internacional los cuales no se relacionan con las normas constitucionales en términos jerárquicos, sino a partir del principio *pro-persona*, desafortunadamente también sostuvo que, cuando existan restricciones constitucionales a los derechos, éstas surtirán efectos por encima de las normas internacionales sobre derechos humanos más favorables. En ese sentido, la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN estableció, entre otros, los siguientes criterios jurisprudenciales:

Ahora bien, como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1o. constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que *cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional...*

SEXTO. *Criterios obligatorios.* De acuerdo con lo anterior, deben prevalecer con carácter de jurisprudencia los criterios establecidos por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos:

Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, *pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al*

⁶² Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, IJ/UNAM, 2012, pp. 305 y ss.

⁶³ Caballero Ochoa, José Luis, *La Interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, pp. 120 y ss.

*ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional...*⁶⁴
(Resaltados añadidos).

Como fue expuesto por el jurista mexicano y ex-juez (ministro) de la SCJN, José Ramón Cossío ante la Corte IDH, estos criterios jurisprudenciales mediante los cuales se dispuso la prevalencia de las restricciones constitucionales sobre las normas internacionales de derechos humanos, son obligatorios para todos los jueces mexicanos. Por lo tanto, esos criterios impiden que los jueces puedan plantear su desavenencia o cuestionar los criterios del Pleno o las salas de la propia Suprema Corte sobre las materias de arraigo y prisión preventiva oficiosa, so pena de ser sancionados. Ello, según Cossío, hace ineficaz a los mecanismos judiciales de protección como el amparo, para lograr obtener la tutela judicial efectiva frente a las figuras del arraigo y la prisión preventiva oficiosa establecidas en la Constitución mexicana, al no ser posible en esos casos la aplicación del principio *pro-persona*. Así, en palabras de la Corte IDH:

176. Lo anterior resulta aún más problemático debido a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México en la *contradicción de tesis 293/2011*, por medio de la cual *aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución Nacional desplazaban a las normas internacionales*, entre las cuales se encuentra las de la Convención Americana y las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En ese sentido, según indicó el perito José Ramón Cossío Díaz, *“los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación están obligados a acatar lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 y en el expediente varios 1396/2011, so pena de ser sancionados, sin que puedan plantear su desavenencia o cuestionar los criterios del Pleno o las salas de la propia Suprema Corte”*. Además, según ese perito, al aceptarse que las restricciones constitucionales prevalecen frente a los derechos de fuente convencional y a la jurisprudencia y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“se hace nugatoria la posibilidad de avanzar en el criterio que fortaleciera el principio pro-persona... Lo anterior, genera que los alcances de la tutela judicial en México en los mecanismos de control de detención, revisión por vías ordinarias y mediante juicio de amparo de las detenciones impuestas bajo las figuras de arraigo y prisión preventiva oficiosa, sean ineficaces al no ser posible aplicar de manera adecuada el principio pro-persona”*. En ese sentido y de conformidad con esa interpretación, el Estado mexicano podría estar incumpliendo

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 293/2011, *cit.*

obligaciones internacionales que se comprometió a acatar al firmar y ratificar los instrumentos internacionales como la Convención Americana y las decisiones de la Corte Interamericana que son de obligatorio cumplimiento para los Estados Parte.⁶⁵ (Resaltados añadidos).

Afortunadamente, la Corte IDH tuvo la oportunidad de juzgar la inconvencionalidad de esa interpretación regresiva de los derechos dada por la SCJN, y declarar la inconvencionalidad de las restricciones constitucionales inconvencionales contenidas en las normas del *arraigo* y la *prisión preventiva oficiosa*.⁶⁶

Por su lado, la Constitución de Nicaragua utiliza una modalidad propia de la técnica declarativa al integrar en la enumeración constitucional de derechos, para fines de su “protección”, aquellos consagrados en una serie de instrumentos internacionales que se mencionan expresamente. En efecto, el artículo 46 de dicha Constitución establece:

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

El problema de la enumeración expresa de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no es sólo su desactualización frente a nuevos instrumentos, sino las dificultades interpretativas que pudieran originar las exclusiones o no inclusiones expresas de determinados instrumentos. No obstante ello, una cláusula de esta naturaleza debe interpretarse en su proyección progresiva, en el sentido de que las enumeraciones de instrumentos son a título meramente enunciativo y no taxativo. Ello resulta evidente

⁶⁵ Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C No. 482, párr. 176.

⁶⁶ Corte IDH, *Caso García Rodríguez y otro vs. México*, cit. y Corte IDH. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otro vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Serie C No. 470.

como se verá *infra*, máxime cuando la norma en cuestión declara además en términos generales, el reconocimiento de los “derechos inherentes a la persona humana”.

En el caso de Brasil, la Constitución proclama que el Estado se rige en sus relaciones internacionales por el principio *inter alia* de la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4o. (II)). Así el Estado brasileño se configura en Estado Democrático de Derecho, teniendo como fundamento la dignidad de la persona humana (artículo 1o. (III)). Específicamente en relación al tema que nos ocupa, el artículo 5o.(2) de la Constitución de Brasil establece: “Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

De esta manera, como lo ha afirmado Cançado Trindade, la Constitución brasileña “se inserta en la nueva tendencia de Constituciones latinoamericanas recientes de conceder un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados”.⁶⁷ Más adelante agrega dicho autor,

... si para los tratados internacionales en general, se ha exigido la intermediación del Poder Legislativo, de acto con fuerza de ley de modo que otorgue a sus disposiciones vigencia u obligatoriedad en el plano del ordenamiento jurídico interno, distintamente en el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en que el Brasil es Parte, los derechos fundamentales en ellos garantizados pasan, de acuerdo con los artículos 5(2) y 5(1) de la Constitución Brasileña de 1988, a integrar el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno.⁶⁸

C. La técnica de las cláusulas enunciativas

Esta técnica consiste en las cláusulas constitucionales que declaran como derechos (constitucionales) a todos aquellos que sean “inherentes a

⁶⁷ Cançado Trindade, Antonio, “La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos”, en *El Juez y la Defensa de la Democracia. Un Enfoque a partir de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 238 y 239.

⁶⁸ Cançado Trindade, Antonio, “La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos”, loc. cit., pp. 239 y 240.

la persona humana”, aunque no figuren expresamente en el texto fundamental. En otras palabras, se trata, desde el punto de vista filosófico, de una recepción del Derecho natural, conforme al cual los derechos son anteriores al Estado; y éste no los crea sino que simplemente los reconoce. Por tanto, cualquier enumeración de derechos contenida en la Constitución, debe entenderse como meramente enunciativa (“*numerus apertus*”), y no limitativa o taxativa. En consecuencia, son igualmente constitucionales todos aquellos derechos que no estén enumerados expresa o explícitamente en el Texto Fundamental, en virtud de que implícitamente son tenidos como tales.

Las Constituciones de diversos Estados latinoamericanos consagran cláusulas en este sentido. Ejemplo de ello es la Constitución de Venezuela, en cuyo artículo 22 establece: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

En este mismo sentido, el artículo 5o.(2) de la Constitución de Brasil antes citado, establece: “Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

Un ejemplo más elaborado de estas cláusulas constitucionales, es la consagrada en el artículo 94 de la Constitución de Colombia, el cual incluye además de los derechos enumerados en ella, los contenidos en los convenios internacionales: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

La consecuencia de esta técnica constitucional de cláusulas enunciativas o incluyentes, es que tanto los derechos explícitos en el texto fundamental, como los derechos implícitos (que sean “inherentes a la persona humana”), adquieren el rango y valor de derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno. Como lo ha expresado Nikken sobre este particular,

Los derechos humanos reconocidos en tratados en los que participa Venezuela tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos

constitucionales. Esta conclusión es independiente que la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana.⁶⁹

La consecuencia de dicha tesis doctrinal y jurisprudencial es, que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, gozan del atributo de ser derechos “inherentes a la persona humana”, y por ende, deben ser considerados implícitamente como derechos humanos constitucionales.

Como hemos señalado *supra*, esa jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, permite afirmar directamente su rango y valor constitucional, independientemente de las diversas posiciones estudiadas, sobre el rango de los tratados sobre la materia en el Derecho Interno.

Ese impacto o influencia del Derecho constitucional en el Derecho internacional de los derechos humanos, permite a su vez la recepción directa del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional. Este fenómeno, el cual hemos denominado “constitucionalización de los derechos humanos”, refuerza el valor y la protección de éstos en el Derecho Interno, a través de los mecanismos de la jurisdicción constitucional.

VI. La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos y el valor constitucional de los derechos humanos en los proyectos constitucionales de Chile 2022-2023

Entre los años 2022 y el año 2023 se presentaron a referendo aprobatorio en Chile (plebiscito), sendos proyectos de nuevas constituciones, los cuales resultaron rechazados en las consultas populares respectivas.

A tales fines, previamente se introdujeron las reformas constitucionales que en ambas oportunidades permitieron la elección de una suerte de asambleas nacionales constituyentes, a fin de que prepararan y adoptaran los proyectos de constitución, que serían luego sometidos a consulta popular para

⁶⁹ Nikken, Pedro, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *loc. cit.*, p. 44.

su aprobación o rechazo. En la primera oportunidad, a fin de permitir el proceso constituyente, el Congreso adoptó una reforma constitucional que resultó aprobada en el plebiscito celebrado el 25 de octubre de 2020. Esta reforma marcó el inicio del proceso para elegir en 2021 una “Convención Constitucional” responsable de elaborar una propuesta de nueva Constitución. Aunque no forma parte de este breve trabajo, solo mencionaremos que entre las novedades de la elección de los constituyentes que previeron las normas de reforma constitucional, se estableció el principio de paridad de género. Así, en la primera oportunidad, se eligió una Convención Constitucional que elaboró directamente el proyecto de Constitución durante un año entre 2021 y 2022.

En la segunda oportunidad, el nuevo mandato para elaborar una nueva Constitución adoptado en el año 2023, se encontraba limitado expresamente por ciertos principios o bases (institucionales y fundamentales) que podríamos denominar “supraconstitucionales”, cuyo control se encomendó a un “Comité Técnico de Admisibilidad”. Entre estas bases, destaca en materia de derechos humanos: “3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes...”. De esa forma, el segundo anteproyecto de Constitución fue elaborado por una Comisión Experta nombrada por la Cámara de Diputadas y Diputados y el Senado; y esa propuesta fue luego considerada, modificada y finalmente aprobada por el Consejo Constitucional, la cual fue igualmente rechazada en el año 2023 en la consulta popular. Por ello, con relación al segundo proceso de 2023 haremos referencia también a la propuesta elaborada por esa Comisión Experta.

A. *La propuesta de la Convención Constitucional de 2022*

La propuesta de Constitución de la Convención Constitucional de 2022 proponía en su artículo 15 que los derechos humanos establecidos en los tratados en la materia formasen parte integral de la Constitución y por ende, gozarían de rango constitucional:

Artículo 15. 1. *Los derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los*

principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia *forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional...* (Resaltados añadidos).

Se trata como vemos de una *constitucionalización de los derechos humanos* reconocidos en los tratados. Es decir, una integración de los derechos humanos de fuente convencional internacional en la propia Constitución, otorgándoles por tanto, rango constitucional.

Conforme hemos expuesto *supra*, no se trata de un modelo de asignarles a los “tratados” sobre derechos humanos, *per se*, rango y jerarquía constitucional, lo cual tendría una serie de consecuencias jurídicas; sino de darle ese rango a los “derechos” y “obligaciones” que están contenidos en esos tratados.

Como hemos visto, los Estados tienen la obligación jurídica internacional de respetar, garantizar y proteger los derechos reconocidos en los tratados; y de adoptar en su Derecho interno las medidas necesarias para darles plena vigencia, es decir, efecto útil. Esta obligación internacional es independientemente del rango que se le otorguen a los tratados en el Derecho interno. Sin embargo, como vimos, estas fórmulas como la de constitucionalización de los derechos humanos, ciertamente facilitan la implementación de las obligaciones internacionales en el Derecho interno.

El resto del articulado de la propuesta constitucional de 2022, lo que hizo fue reiterar y repetir en 15 oportunidades, que los derechos de determinados grupos o materias también se rigen por “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile”: artículos 26.1 (derechos de los niños), 28.1 (personas con discapacidad), 29 (personas neurodivergentes), 33.1 (personas mayores), 98 (ciencias y tecnologías), 109.1 (proceso razonable y justo), 111.1 (internación de adolescentes), 123 (Defensoría del Pueblo), 126.1 (Defensoría de los Derechos de la Niñez), 307.1 (sistemas de justicia), 309.1 (sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas), 322.2 (personas indígenas ante los tribunales), 336.1 (personas condenadas o sujetas a medidas de seguridad), 337.2 (personas privadas de libertad), y Disposición Transitorias Quincuagésima Cuarta (no prescripción de delitos y penas por graves violaciones a los derechos humanos). Ciertamente, estas últimas disposiciones son una repetición innecesaria, ya que la norma del artículo 15 que había declarado a todos los derechos humanos reconocidos en tratados como parte

integrante de la Constitución y por ende con rango constitucional. Y, además, podríamos decir que es inconveniente, porque podría dar lugar a alguna confusión de por qué unos determinados derechos y materias expresamente se rigen por los tratados y otros no.

B. *El anteproyecto de la Comisión Experta de 2023*

La propuesta de Constitución de la Comisión Experta de 2023 proponía en su artículo 5o. una fórmula muy parecida a la contenida en la Constitución Política de Chile vigente, al afirmar que el ejercicio de la soberanía tiene como límite (la dignidad de la persona humana y) los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile que se encuentren vigentes. Además, incorporaba expresamente el principio —visto *supra*— de la *interpretación conforme* de las normas de Derecho interno con los tratados sobre derechos humanos; dejando a salvo en todo caso, la prevalencia de la pauta interpretativa del principio de progresividad: la solución más progresiva o más favorable a la persona (*pro persona*):

Artículo 5. 1.

El ejercicio de la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y *los derechos humanos reconocidos* en esta Constitución y *en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes*.

2. *Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con aquellos tratados, favoreciendo la protección más amplia de la persona.*

3. La ley determinará la forma y el procedimiento en que el Estado cumplirá las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción ha reconocido. (Resaltados añadidos).

Reiteramos nuestros comentarios formulados *supra*, en el sentido de que la propuesta de la Comisión Experta de 2023 se trata como de una *constitucionalización de los derechos humanos* reconocidos en los tratados. Es decir, una integración de los derechos humanos de fuente convencional internacional en la propia Constitución, otorgándoles por tanto, rango constitucional. Igualmente, conforme hemos expuesto *supra*, no se trata de un modelo de asignarles a los “tratados” sobre derechos humanos,

per se, rango y jerarquía constitucional, lo cual tendría una serie de consecuencias jurídicas; sino de darle ese rango a los “derechos” y “obligaciones” que están contenidos en esos tratados.

En términos algo similares al proyecto de 2022, aunque no tanto, el resto del articulado de la propuesta constitucional de la Comisión Experta de 2023, lo que hizo fue reiterar y repetir en tres oportunidades, que los derechos de determinados grupos o materias también se rigen por “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile”: artículos 7o. (pueblos indígenas), 42 (partidos políticos) y 122 (límites a la suspensión, restricción o limitación de los derechos y garantías).

C. La propuesta del Consejo Constitucional de 2023

La propuesta de Constitución del Consejo Constitucional de 2023 se apartó parcialmente de la propuesta de la Comisión Experta, introduciendo algunos cambios. En cuanto a su artículo 3o., siguió una fórmula algo muy parecida a la propuesta de la Comisión Experta (artículo 5o.), pero introduciéndole algunos cambios. En efecto, la nueva norma propuesta afirmaba que el ejercicio de la soberanía tiene como límite los derechos “esenciales” reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Además, incorporaba en dicho artículo 3o. una fórmula confusa de interpretación de las normas de Derecho interno de forma “compatible” con la Constitución, “y considerando” las disposiciones referidas a derechos de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La confusión aumenta, cuando la norma constitucional propuesta añadía a continuación, que a tales efectos interpretativos, en todo caso, se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante:

Artículo 3.

1. La Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto de los *derechos esenciales* que emanan de la naturaleza humana, reconocidos por esta Constitución, así como por los *tratados internacionales ratifi-*

cados por Chile y que se encuentren vigentes. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos.

2. *Las normas de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con la Constitución, y considerando las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante.*

3. La ley determinará la forma y el procedimiento para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por tribunales internacionales cuya jurisdicción Chile ha reconocido, y a los acuerdos o soluciones alternativas de controversias. (Resaltados añadidos).

Reiteramos nuestros comentarios formulados *supra*, con relación al artículo 5o. de la propuesta de la Comisión Experta de 2023, que se trataba de una *constitucionalización de los derechos humanos* reconocidos en los tratados. Sin embargo, la norma del artículo 3o. de la Constitución del Consejo Constitucional de 2023, está formulada en términos confusos y hasta contradictorios. En primer lugar, porque el término “derechos esenciales” no es un término de Derecho Constitucional ni de los tratados sobre derechos humanos. Por lo cual, lo normal es que se haya utilizado el término común de “derechos” para no pretender una acepción restrictiva o excluyente con el término “esenciales”. En segundo lugar, la norma del artículo 3.2 al pretender cerrar la interpretación autárquica de las normas del Derecho interno al sistema constitucional estrictamente considerado (“deberán”) y sugerir en un plano secundario (“y considerando”) a los tratados sobre derechos humanos, se corre el peligro de llegar a conclusiones contrarias o por debajo del estándar mínimo obligatorio de los tratados sobre derechos humanos. La confusión y el peligro aumenta, cuando la norma del artículo 3.2 añade que se distinguirán las disposiciones de dichos tratados de otros instrumentos internacionales que puedan asistir a los Estados en su comprensión y aplicación, pero que no tienen carácter jurídicamente vinculante: ello puede resultar contrario al Derecho internacional y podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no prohíbe expresamente las amnistías de los crímenes por graves violaciones a los derechos humanos, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como intérprete autorizado de dicho tratado, ha

establecido que esas amnistías son incompatibles con dicho tratado.⁷⁰ Y con posterioridad, la Corte IDH ha condenado a los Estados que no han aplicado un control de convencionalidad en su Derecho interno, para dejar sin efecto las leyes de amnistía y hacer justicia, como ocurrió en el *Caso Almonacid Arellano vs. de Chile*.⁷¹ De tal manera, que las obligaciones internacionales de los Estados bajo los tratados de derechos humanos deben cumplirse en los términos que han sido interpretados válidamente por los órganos internacionales autorizados por dichos instrumentos.

Por último, en términos algo similares al proyecto de la Comisión Experta de 2023, el resto del articulado de la propuesta constitucional del Consejo Constitucional de 2023 lo que hizo fue reiterar y repetir en 4 oportunidades, que los derechos de determinados grupos o materias también se rigen por “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile”: artículos 5o. (pueblos indígenas), 16 (refugio, asilo o protección), 41.1 (partidos políticos), y 122 (límites a la suspensión, restricción o limitación de los derechos y garantías).

⁷⁰ Así lo estableció, a partir del caso “Barrios Altos” en Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75.

⁷¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.