

Humberto Nogueira Alcalá*

Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile

1. Soberanía del Estado y derecho internacional de los Derechos Humanos

1.1. La soberanía en su concepción clásica moderna.

La soberanía es un concepto al mismo tiempo jurídico y político en el que confluyen, como señala Ferrajoli¹ los problemas y aporías de la teoría del derecho y del Estado. La idea de soberanía aun cuando ya es conocida en la Edad Media por autores como Beaumanoir y Marino de Caramanico, en su acepción de "*suprema potestas superiorem non recognoscens*" se remonta al momento de aparición de los Estados nacionales europeos y al debilitamiento, en el umbral de la edad moderna, de la idea de ordenamiento jurídico universal que la cultura medieval había heredado de la civilización romana².

Referirse a la soberanía y su evolución histórica implica considerar el desarrollo del Estado nacional moderno surgido en el siglo XVI en Europa, expandido de allí a todo el mundo. La categoría filosófica jurídica de soberanía es una construcción de matriz jus naturalista que ha constituido la base para la concepción positivista del Estado y el paradigma del derecho internacional moderno. Al mismo tiempo ha constituido una institución de rasgos absolutistas, a través de las diversas imágenes del Estado a las que fue quedando asociada y que dicho principio iba desarrollando: desde la soberanía

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Profesor titular de Derecho Constitucional. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

1 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

2 El concepto de soberanía se encuentra ya en el siglo XIII en los *livres des coutumes et des usages de Beauvoisis* del jurista francés Beaumanoir: "chascuns barons est souverain en sa baronie"; "le rois est souverains par dessus de tous" (cita en R.W. y A. J. Carlyle, *El pensamiento político medieval*. En la misma época se remonta la fórmula "*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*", cuyos orígenes se identifican por Calasso en el Proemio, de Marino de Caramanico escrito en el siglo XIII. Ver asimismo, E. Crosa, *Il principio della sovranità popolare dal medioevo alla rivoluzione francese*, Flli. Bocca, Milano, 1915; y M. Galizia, *La teoria della sovranità dal medioevo alla rivoluzione francese*, Ed. Giuffrè, Milano, 1951; Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

como atributo del *princeps*, pasando por la soberanía nacional, la soberanía popular y las doctrinas del Estado persona y de la soberanía como atributo del Estado.

Esta perspectiva del Estado soberano fue desarrollada por Bodin³ y Hobbes⁴, como fundamento de la teoría jurídica y política modernas, que establecen como únicos límites de la potestad estatal las leyes divinas y naturales o la ley natural como principio de razón, la segunda limitación o restricción está dada por los tratados y las leyes humanas comunes a todos los pueblos⁵. Bodin definió la soberanía como “*la puissance absolue et perpétuelle d’une République*” (*Les six livres de la République*, 1583, 1, 8, p.122)⁶. Esta concepción de la potestad estatal, independiente hacia el exterior e irresistible en el interior, se desarrollará hasta el siglo XIX. En todo caso, Bodino no pudo escapar a la concepción de limitación del poder temporal por la ley divina y la ley natural, ratificando al respecto las ideas de San Agustín y Santo Tomás.

Francisco de Vitoria concibe el orden mundial como una sociedad natural de Estados soberanos (orden mundial como *communita orbis*), libres e independientes, sometidos en el exterior a un nuevo derecho de gentes (*ius gentium*); tales Estados gozan de soberanía estatal externa que se identifica con el conjunto de derechos naturales de los pueblos y están legitimados para desarrollar la guerra justa como sanción al rompimiento del *ius gentium* y la ausencia de un tribunal o poder superior a los Estados. En esta concepción el único derecho originario es el derecho interno, fruto de la soberanía, el derecho internacional adquiere su única posible validez mediante una fórmula contractual, a través de la autolimitación: los pactos y la costumbre constituyen derecho y vinculan a los Estados, en cuanto expresión de la voluntad estatal.

El mismo Francisco de Vitoria⁷, junto con Vázquez de Menchaca, Balthasar de Ayala y Francisco Suárez, a través de la escuela teológica del siglo XVI⁸, estructuran la idea de soberanía externa, anticipando la reflexión posterior de Grocio, lo que permite desarrollar el fundamento jurídico de la conquista de América (el Nuevo Mundo). Para Grocio, el Derecho de Gentes es autónomo de la moral y del Derecho natural, adquiere fuerza por el consenso de los Estados, especialmente de aquellos más civilizados; de esta manera, el Derecho de Gentes pasa a derivar de los intereses de los Estados más fuertes de la comunidad internacional. La soberanía externa de los Estados genera una especie de estado de naturaleza entre ellos, similar al estado de natura-

3 Bodin, J., *Los seis libros de la República*. Libro I: “en cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben uncirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia”.

4 Hobbes, Th., *El ciudadano*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 42: “Las leyes que llamamos naturales no son más que conclusiones, obtenidas racionalmente, acerca de qué se ha de hacer u omitir”.

5 Bodino, Juan, *Los seis libros de la República*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1985, p. 60.

6 Traducción Bodino, Juan, *Los seis libros de la República*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1985.

7 Haggemarcher, P., “La place de Francisco de Vitoria parmi les fondateurs du droit international” en *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria. Actes Journées de Estudio*, Ed. Bruylant, Bruselas, Bélgica, 1998, pp. 27 a 36.

leza que Hobbes concibe como realidad anterior a la conformación de la sociedad política.

1.2. El desarrollo del constitucionalismo y del Estado de Derecho como límite a la soberanía interna.

Esta concepción del Estado es afectada en la dimensión de su poder absoluto interno por el surgimiento del Estado de Derecho en el primer tercio del siglo XIX y que se consolidará reemplazando al Estado de Policía, en la segunda mitad de dicho siglo, al menos en el contexto de la cultura jurídica y política occidental, como asimismo, con el desarrollo del constitucionalismo clásico. El Estado de fines del siglo XIX y principios del XX combinó el sometimiento del poder estatal al derecho y a los derechos esenciales de las personas en el plano interno, con una plena potestad en el ámbito de la soberanía externa gracias a la titularidad del “*ius ad bellum*”, el derecho a la guerra se convierte así en el criterio fundamental de soberanía externa del Estado.

En efecto, en el plano interno, el Estado queda sometido al derecho, y dentro del mismo, el deber jurídico de respetar, proteger y promover los derechos esenciales, la potestad estatal es distribuida en órganos y funciones diferenciadas las cuales quedan sometidas al derecho, desapareciendo así la potestad o soberanía interna de carácter absoluto e ilimitado, consolidándose el sometimiento del poder al derecho.

Sin embargo, a diferencia de lo que exigía la lógica del Estado de Derecho, la idea de soberanía externa, en vez de ser abandonada se refuerza a través de las concepciones de la soberanía nacional, de la soberanía popular y de la soberanía del Estado, obteniendo una legitimación más fuerte de la que provenía de fuentes teológicas y contractualistas anteriores, las cuales, como hemos visto, reconocían como límite de la potestad estatal el derecho natural y el derecho de gentes (derecho internacional). A su vez, el pensamiento jurídico del siglo XIX otorgará un ropaje científico a la idea de Estado soberano, ocurriendo ello a través de la doctrina alemana (Gerber y Laband) e italiana (Orlando y Santi Romano), dando estatura jurídica al Estado persona como sujeto originario: el fundamento de la soberanía ya no recae en el príncipe ni en el pueblo, sino en el propio Estado.

Hay así, en esta etapa histórica, una superación del “Estado de naturaleza” en el interior de la sociedad política estatal y, a la vez, su instauración en el plano exterior. En base a estas dos coordenadas se desarrolla la historia teórica y práctica de los Estados modernos del siglo XIX y primera parte del siglo XX.

En esta perspectiva, el Estado queda conformado como un sistema jurídico cerrado y autosuficiente, lo que produce una cuasi negación del derecho internacional, identificado por Hegel como “derecho político externo”, vale decir, las normas estatales que rigen las relaciones entre Estados, lo que prevalecerá durante el siglo XIX hasta que, a finales de dicho siglo, se desarrollará por Heinrich Triepel la “teoría dualista” de la

coexistencia de los derechos estatales con el derecho internacional⁹. El **dualismo** como doctrina fue fundado por el jurista alemán Triepel, sosteniendo que las personas no pueden nunca ser obligadas ni beneficiadas por las normas de Derecho Internacional. Sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Para que las normas del Derecho Internacional alcancen a los individuos deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno. Para Triepel «el Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca»¹⁰. La oposición por razones de la fuente y del contenido entre el derecho interno y el derecho internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados existan en las relaciones internacionales.

Frente a tal concepción, Hans Kelsen construirá luego la teoría monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho estatal¹¹.

La **doctrina monista** de Kelsen sostiene que el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

Para Verdross la regla *PACTA SUNT SERVANDA* es la regla fundamental del Derecho Internacional y esta regla es superior a la voluntad de los Estados, y también lo son aquellas normas que deriven de ella, es decir, el Derecho de Gentes.

Verdross autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacía del Derecho Internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el Derecho Internacional tienen la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al Derecho Internacional, y, en el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del Estado que las estableció¹².

Para Kunz, la unidad entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica la posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. «En el Derecho Internacional general vigente no hay un procedimiento para invalidar una norma del Derecho Nacional que esté en contradicción con una norma del Derecho Internacional supraordenado. Pero esta viola-

8 Brown Scott, J., *El origen español del Derecho Internacional*, Cuesta, Valladolid, España, 1928.

9 Triepel, H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1923.

10 Triepel, *Droit international et droit interne*, Paris – Oxford, 1920, p. 110.

11 Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción de Eduardo García Maynez, 3ª edición, México, 1969, p. 436.

12 Verdross, "Droit international public et Droit interne", *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, 1952, páginas 219-230.

ción constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del Derecho Internacional General»¹³.

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al Derecho Interno.

A su vez, hay una tendencia generalizada en el Derecho Constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno, salvo casos minoritarios en el ámbito latinoamericano y europeo, lo que se hace más excepcional aún en el ámbito de los derechos esenciales o derechos humanos.

2. La limitación de la soberanía externa por los derechos asegurados por el derecho internacional de los Derechos Humanos

La concepción de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y su momento trágico, como señala Luigi Ferrajoli¹⁴, en la primera mitad del siglo XX con la Segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional, por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde, por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del “Estado de naturaleza” al Estado de sociedad civil: la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son, por una parte, el imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos.

La Carta de Naciones Unidas suprime el “*ius ad bellum*” que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juricidad del nuevo ordenamiento internacional.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario y sus protocolos complementarios, como asimismo, por los pactos internacionales de derechos humanos, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los Estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo éstos un derecho inmediatamente vinculante para los Estados. Comienza a abrirse paso la concepción de que la humanidad es una sola y que se rige por valores y princi-

13 Kunz, *Teoría del Derecho Internacional*, Academia de Derecho Comparado e Internacional. Vol. II, La Habana, Cuba, 1954, p. 361.

14 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

pios comunes, siendo capaz de reaccionar como humanidad en su conjunto, por encima de nacionalismos e intereses estatales cuando se afecta gravemente la dignidad y los derechos de los seres humanos.

La soberanía estatal externa queda disminuida y limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos, surgiendo los tribunales y cortes internacionales con decisión jurisdiccional vinculante para los Estados partes.

En esta materia juega un rol significativo la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que reemplaza a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). En efecto, será la CIJ en el Asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, en su fallo del 24 de mayo de 1980, la que determina: “La Corte, por trece votos contra dos, decide que, con el comportamiento demostrado por la República Islámica del Irán ha violado en varios aspectos y continúa violando obligaciones que tiene para con los Estados Unidos de América en virtud de convenciones internacionales vigentes entre los dos países y de normas de derecho internacional general consagradas por una larga práctica”¹⁵, dicho incumplimiento por el Estado de sus obligaciones de derecho internacional convencional y consuetudinario genera la respectiva responsabilidad internacional.

En efecto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, determinó que “el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”¹⁶.

A su vez, la entrada en vigor de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, ratificada por nuestros Estados, reconoce la existencia de normas imperativas de derecho internacional general respecto de principios e intereses vitales para la existencia misma de la sociedad internacional. Tales disposiciones constituyen normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que constituyen límites a la soberanía estatal, las cuales han sido definidas positivamente como aceptadas y reconocidas “por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor”¹⁷.

15 Naciones Unidas, Asamblea General, *Documentos Oficiales*, trigésimo quinto periodo de sesiones, suplemento N° 4 (A/3573), Nueva York, Estados Unidos de América, p. 3.

16 Citado por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1995, p. 102.

17 Artículos 53 de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados de 1968 y 1986.

Por otra parte, la afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional positivo contemporáneo constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho internacional ya que implica reconocer en el plano de los Estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio esencial y estructurante del orden internacional contemporáneo de los derechos humanos¹⁸, que los Estados van asumiendo progresivamente como limitante de su propia potestad estatal, lo cual se va incorporando explícitamente en las propias constituciones.

En esta perspectiva, entran en crisis los conceptos de los derechos fundamentales entendidos como «Auto-obligación» del Estado, como sostenía Jellinek¹⁹, o como «Auto-limitación» del Estado, como sostenía Santi Romano²⁰. Así los derechos se transforman en indisponibles para el Estado y los poderes públicos. Los derechos se constituyen en un sistema de vínculos y límites supraordenados al Estado.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen un lugar en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcance universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación *erga omnes* respecto de todos los Estados.

La persona humana se constituye como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos.

La ausencia de garantías adecuadas contra las violaciones de los derechos humanos por parte de los Estados, hoy debe ser considerada como una laguna que debe ser colmada, con la finalidad de dar eficacia a tales derechos y proteger efectivamente el bien jurídico fundamental de la dignidad de la persona humana.

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valorización fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así,

18 Ver Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, España, 1995; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999; Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y derechos internacional*, Editorial Heliosta, Buenos Aires, Argentina, 1995; Dupay, Pierre Marie, *Droit International Public*, Ed. Dalloz, 2ª Edición, París, 1993; Zagrebelski, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1999; Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

19 Jellinek, G., *Das System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892.

20 Santi Romano, "La teoría dei diritti pubblici soggettivi" en Orlando, V.E., *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano I*, Società Editrice libraria, Milano, Italia, 1900, pp. 159-163.

parodiando con el Estado de Derecho nacional, un Estado de Derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases o germen de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de ésta.

Esta perspectiva ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas: el principio clásico de no intervención que consiste en la prohibición de intervenir en los asuntos de la exclusiva jurisdicción doméstica de otros Estados, se relativiza por la posibilidad de intervención colectiva de la comunidad internacional organizada, además de ser el propio derecho internacional el que define cuáles son las materias que quedan fuera de la exclusividad de la potestad estatal; las cortes internacionales, principalmente la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ha impuesto progresivamente a los Estados obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario y del derecho internacional general que los Estados no contribuyeron a formar o que incluso han rechazado, en los casos de prácticas generalizadas o de normas de *ius cogens*, algunas de ellas desarrolladas en tratados de los que dichos Estados no son partes (Convención de Viena sobre derecho de los tratados; Convención contra el delito de Genocidio; Convención contra la discriminación racial, entre otros); asimismo, pierden sentido las concepciones dualistas o monistas respecto de las relaciones entre derecho interno y derecho internacional, por la preeminencia absoluta del derecho internacional de los derechos humanos en caso de conflicto con el derecho interno, cuando el primero protege en mejor forma el ejercicio de los derechos y sus garantías, no pudiendo el derecho interno desentenderse del derecho internacional de los derechos humanos.

En esta materia, el Instituto de Derecho internacional, en su resolución del 13 de septiembre de 1989, sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, expresa en su artículo 1: “Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento de esta dignidad que ya proclaman la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“Esta obligación internacional es, según la fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de los derechos humanos”²¹.

21 Citado por Moyano Bonilla, César, *Soberanía y derechos humanos. Liber Amicorum*. Héctor Fix Zamudio. Ed. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 1998, Volumen II, pp. 1137-1138.

Las Convenciones europea y americana de derechos humanos y sus instituciones garantizadoras muestran un avance significativo en la materia en las últimas décadas, determinando con carácter jurisdiccional vinculante la responsabilidad del Estado como persona jurídica por violación de derechos humanos, independientemente del órgano o agente estatal causante de dicha responsabilidad, además de las obligaciones del Estado responsable de garantizar el ejercicio del derecho afectado, como asimismo, cuando corresponda, reparar e indemnizar a las personas afectadas²².

2.1. La diferenciación de los tratados de derechos humanos por los intereses protegidos.

En esta perspectiva, cabe señalar la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) sobre “Reservas a la Convención sobre Genocidio”, donde señaló que los principios de dicha convención “son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, aun fuera de toda obligación convencional”, sentencia de 1951, dictada cuando aún no existían los pactos y convenciones internacionales y regionales de derechos humanos.

Los Estados por propia voluntad y libremente se someten a un derecho que los supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana tienen un interés superior a las partes que es la dignidad de la persona y los derechos humanos, frente a lo cual los Estados se subordinan y están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aun cuando otro Estado los vulnere, ya que todos ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones²³.

22 Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, Párrafo 184. Ver asimismo, Opinión Consultiva 14/1994, párrafo 56.

23 Como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en los tratados sobre derechos humanos: “los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual: exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención, es en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones” (Opinión Consultiva, Corte Internacional de Justicia, Recueil 1955, p. 23). Esta concepción de los tratados en materia de los derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos “no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. (Opinión consultiva de 1982, Serie A Nº 2, párrafo 29)

Hay así una superación de nociones clásicas que van quedando obsoletas en el derecho interno de los Estados y en el derecho internacional, no existiendo dominio reservado ni soberanía estatal ante el atropello o vulneración grave de los derechos humanos, aun con fuerte resistencia de algunos operadores políticos y jurídicos internos de los Estados.

Esta limitación de la soberanía estatal por la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales, poco a poco se abre camino y logra crecientemente una consagración constitucional positiva en las constituciones latinoamericanas.

2.2. El reconocimiento constitucional en América Latina de la limitación de la potestad estatal por el derecho internacional de los derechos humanos.

Al respecto es pertinente señalar algunos ejemplos en la materia.

La **Constitución chilena**, en su artículo 5º inciso 2º, determina que “La soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas nos dice Verdross, se ha «roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional»²⁴. Nuestro país es signatario de la Carta de Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios. No podemos olvidar que Chile, junto a todos los demás Estados suscribieron la DECLARACIÓN DE TEHERÁN de 1968, a través de la cual se autovincularon para hacer efectivos los derechos humanos, cuyo artículo sexto señala lo siguiente: «Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales». A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el artículo 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Ambas declaraciones son fuentes de derechos materialmente constitucionales.

Si tales derechos emanan de la naturaleza del ser humano, ellos pertenecen al hombre por el solo hecho de ser personas, y por tanto, tales derechos tienen las características de ser universales, absolutos, inalienables e imprescriptibles.

24 Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, España, 1967, p. 492.

Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en su sesión 203: «la protección constitucional se refiere no solo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana», como asimismo se reconoció que tales derechos, no sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, «sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5º, pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

Así la Constitución establece en el artículo 5º inciso 2º, en forma expresa dos modalidades de institucionalización de derechos esenciales o humanos, la propia norma constitucional y el tratado internacional; siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la constitución material los derechos esenciales o humanos que no están expresamente contenidos en el texto constitucional, o no se hayan incorporado formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Constitución.

La primera modalidad implica la introducción de nuevos derechos o fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma constitucional del capítulo XIV de la Constitución.

La **Constitución de Guatemala de 1985**, artículo 46, determina: “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.

La **Constitución de Nicaragua de 1987**, en su artículo 46, integra en la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos con objeto de darles adecuada protección.

La **Constitución de Brasil de 1988**, en su artículo 4º señala que: «La República Federal de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:

II. Prevalencia de los Derechos Humanos.»

A su vez, la misma Constitución, ordena en el artículo 5º numeral 1º, que las normas que definen «los Derechos y Garantías Fundamentales tienen aplicación inmediata»: los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros resultantes

del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte.

Como sostiene Cançado Trindade, «el caso de los Tratados de Protección Internacional de los Derechos Humanos en que 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»²⁵.

La **Constitución de Colombia de 1991**, en su artículo 93, determina que “Los tratados y convenios 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”.

A su vez, la **Constitución de Argentina, modificada en 1994**, en su artículo 75 párrafo 22, enumera un conjunto de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, entre los que se incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto a otras Declaraciones y Convenciones, los cuales deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución.

La **Constitución ecuatoriana de 1998**, artículo 17, precisa: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”.

Asimismo, el artículo 18 prescribe: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los

25 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*, Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1993, p. 240.

derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Finalmente, el artículo 19 agrega: Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

La reciente **Constitución de Venezuela de 1999**, artículo 19, determina que “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad, el ejercicio y goce irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República y las leyes que los desarrollan”.

La misma Carta Fundamental en su artículo 22, precisa: “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 humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Por último, el artículo 23 de la Carta venezolana expresa: “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 las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

2.3. Los derechos esenciales o derechos humanos forman parte de un sistema de doble fuente.

Los derechos se aseguran y garantizan en base al sistema constitucional interno de producción de normas y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo a las Cartas Fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio “*favor libertatis*”, “*pro cives*” o “*pro homine*”, el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión

Consultiva 5/1985, como órgano jurisdiccional supranacional en materia de derechos humanos, a nivel regional latinoamericano.

Para establecer el contenido esencial de los derechos asegurados en nuestros ordenamientos jurídicos, delimitándolos, es necesario precisar el contenido y frontera de cada derecho con el objeto de resolver los conflictos aparentes o reales de derechos dentro del sistema jurídico, lo que exige aplicar correctamente el sistema de fuentes del derecho y de hermenéutica o interpretación constitucional y del derecho de los derechos humanos. Puede afirmarse que el derecho de los derechos humanos (con su doble fuente nacional e internacional), tiene prelación no sólo sobre el derecho interno sino también sobre el derecho comunitario, como ya ha sido asumido como punto pacífico en las jurisdicciones y en los ordenamientos jurídicos en los Estados componentes de la Unión Europea y en una parte de los Estados latinoamericanos.

El principio fundamental en materia de derechos humanos o esenciales es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías²⁶.

A su vez, cuando en el ámbito regional o internacional se establecen organismos y tribunales internacionales o supraestatales a los cuales se les reconocen competencias de supervigilancia y jurisdiccionales vinculantes para los Estados Partes que libre y voluntariamente se han sometido a dichas convenciones, el Estado está abdicando de la exclusividad estatal de la potestad jurisdiccional con plena conciencia de ello sin compulsión alguna. La potestad jurisdiccional de un tribunal internacional o supraestatal nace del consentimiento del Estado, al negociar, aprobar y ratificar libremente el tratado; por tanto, dicho Estado, de buena fe, no podrá alegar interferencia o vulneración de una soberanía o potestad estatal, la cual conscientemente y constitucionalmente se ha cedido parcialmente. Así sucede, entre otros casos, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su protocolo complementario que le entregan competencias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para supervigilar y resolver los conflictos jurisdiccionales en la materia.

2.4. Los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía estatal: poder constituyente y poderes instituidos.

La soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige “aggiornarse” culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucio-

26 Ver Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo III: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 362-369.

nal actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que será la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

Existe así una incoherencia o “esquizofrenia” mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nuestros sistemas jurídicos, para luego de forma incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez incorporados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, debe cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos incorporado válidamente a nuestros ordenamientos jurídicos, sin perder ni transformar su naturaleza de derecho internacional, forma parte del derecho interno con primacía sobre el mismo derecho de fuente interna, no pudiendo el derecho interno disminuirlo en su preferente aplicabilidad, protección y garantía. Esta es la única perspectiva que fortalece el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales.

Esta perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados sólo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de su incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados.

2.5. La doctrina del bloque constitucional de los derechos humanos o esenciales.

Así cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se erigen, por decisión del constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta

Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, nos lleva a plantear necesariamente la doctrina del **bloque de constitucionalidad**, en el cual se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución, lo que significa, como señala Bidart Campos, que por imperio de la propia Constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido²⁷.

De esta forma, podemos considerar que el bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros²⁸.

Dicho bloque de constitucionalidad sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma.

El bloque de constitucionalidad supera la concepción formal de la Constitución y ésta se elástica, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución.

El bloque de constitucionalidad tiene como base y fin su utilización como parámetro para realizar el control de constitucionalidad, es decir, como instrumento para interpretar, aplicar o desaplicar desde la Carta Fundamental las normas de carácter infraconstitucional. De forma tal que el bloque de constitucionalidad es uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar y de actuar en conformidad con él.

La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los Estados saben que tienen el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo al artículo 1º de dicha Convención, el cual establece: "1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..."; asimismo, de acuerdo al artículo 2º de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de "otro carácter", se

27 Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Op. cit., p. 263.

28 Ver Favoreau, Louis, "El bloque de constitucionalidad" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1990, N° 5. Rubio Llorente, Francisco, "El bloque de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, Madrid, España, 1989.

encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no sólo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados partes, principio que es del todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución española de 1978 y la Constitución colombiana de 1991, entre otras Cartas Fundamentales contemporáneas iberoamericanas, y como lo asumen las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela, entre otras.

3. Las características de los tratados en materia de Derechos Humanos

3.1. La autoejecutividad de las normas de los tratados sobre derechos humanos

El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, lo que equivale en derecho constitucional a los preceptos o normas operativas de la Constitución, es decir, las normas que debe considerar en forma directa y en primer lugar el juez o la administración para resolver cualquier asunto sometido a su consideración.

La norma autoejecutable se caracteriza por establecer un derecho en favor de la persona que tiene un interés legítimo en la aplicación del precepto cuya protección es elegible al juez en sus resoluciones judiciales o a la administración en sus actuaciones administrativas.

Como lo sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional, el caso **Foster y Neilson**, estamos en presencia de normas autoejecutables por sí mismas en un tratado, cuando la intención de las partes ha sido garantizar un derecho exigible a las personas que soliciten a los organismos del Estado la aplicación de esa norma en su favor.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el propio preámbulo explicita como fines de ese tratado, el establecer un régimen de «protección internacional, de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos», ello se refuerza con el artículo 1 de la Convención que señala «**obligación de respetar los derechos**. 1.- los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y liberta-

des reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2.- Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano».

Así todos los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos son de autoejecutividad directa, a menos que exista una estipulación expresa en la norma que condiciona el cumplimiento de la norma al desarrollo de leyes subsecuentes.

Por tanto, el artículo 2º de la Convención Americana, que establece la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos de la Convención, constituye una obligación complementaria, lo que no releva al Estado de la obligación de respeto y de garantía de los derechos que establece el artículo 1º de la Convención.

La autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986 sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en ella la Corte rechazó el argumento de la no autoejecutividad del artículo 14.1, en virtud de que «el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo», por lo que concluye que el derecho de rectificación o respuesta es internacionalmente exigible.

Jiménez de Arechaga ha establecido que, con el criterio antes señalado, confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «solamente carecen de autoejecutividad los artículos 13(4) sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17(4) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derechos del niño a medidas de protección; 21 (3) sobre prohibición de la usura; y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales»²⁹.

Respetar los tratados establece el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado, como asimismo, por todas las personas que actúen dentro del ámbito jurisdiccional del Estado. Esta obligación es de carácter *erga omnes* o general, exigible incondicionalmente a todos los agentes y órganos del Estado. Promover los derechos implica que el Estado, a través de sus órganos y agentes, deben adoptar todas las medidas legales, administrativas y jurisdiccionales con el fin de asegurar y garantizar el respeto de los derechos, prevenir su vulneración y eliminar los obstáculos públicos o privados que impidan el goce de los derechos.

²⁹ Jiménez de Arechaga, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", en *Revista IIDH*, enero/junio de 1988, San José de Costa Rica, p. 35.

Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, que establecen el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso de Nicaragua-Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios «en todas las circunstancias», lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario a los cuales los convenios dan expresión concreta³⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velázquez-Rodríguez, en sentencia del 29 de julio de 1988³¹, y del caso Godínez-Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989³², consideró que el artículo 1º, párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los Estados Partes la obligación de «respetar y garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados Partes están obligados a «organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos»³³. A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la «falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención»³⁴.

Concordamos con Germán Bidart Campos en que **el principio es el de presunción de operatividad de las cláusulas del Pacto**, y sólo cuando de la redacción de la norma surge en forma clara que es programática, ella lo será³⁵. Sin embargo, si la cláusula es programática, obliga al legislador a hacer lo que ella determina; si no lo hace, fuera de incumplir una obligación internacional emanada de un Tratado, estaría incurriendo en una especie de inconstitucionalidad por omisión.

Que el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación inmediata de los Estados partes de adoptar las medidas legislativas «o de

30 Ver, Cancado Trindade, Antonio Augusto, "Desarrollo de las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su amplia dimensión". *Revista IIDH*, N° 16, San José de Costa Rica, p. 52.

31 Sentencia caso Velázquez Rodríguez. Serie C N° 4.

32 Sentencia caso Godínez Cruz. Serie C N° 5.

33 Ver Serie C N° 4 párrafo 166, pp. 68-69. Serie C N° 5 párrafo 175, p. 72.

34 Ver Serie C N° 4 párrafo 172, pp. 70-71. Serie C N° 5 párrafos 181 y 182, pp. 73-74.

35 Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 185.

otro carácter» que sean necesarias para hacer efectivos los derechos (competen a los tribunales de justicia a través de sus sentencias, hacer efectivas esas medidas), lo que permite la aplicación ágil y eficaz de todo el sistema de derechos que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, con su doble fuente de derechos, los reconocidos por vía normativa interna y los reconocidos e incorporados al orden jurídico nacional provenientes de la vía normativa internacional (principio *de jus cogens*, derecho consuetudinario y derecho convencional internacional), dando plenitud al sistema de protección de derechos humanos en el sistema constitucional, permitiendo la retroalimentación y armonización de ambas fuentes de derechos³⁶.

3.2. La aplicación de la fuente y solución que mejor proteja los derechos.

Un tribunal de justicia en un Estado Constitucional de Derecho, como lo era el vigente bajo la Carta de 1925: como el actual bajo el imperio de la Constitución de 1980, debe aplicar la regla hermenéutica que permite emplear correctamente la opción preferencial por la fuente y la solución que mejor favorezca la dignidad y los derechos de la persona humana, ya que, como lo sostenían viejos axiomas romanistas, todo el derecho está constituido por causa del hombre, y podemos agregar, para su dignificación, lo que implica el respeto, garantía y promoción de los derechos humanos, provenientes tanto de fuente interna, como de la fuente internacional válidamente incorporada al derecho interno.

El derecho interno de un Estado, a partir de la Constitución, y por decisión del constituyente, no podría ser entendido de otra manera, y así en la Carta de 1925, como en la Constitución de 1980, se exige la asimilación del mejor modo posible a la necesidad de congruencia entre la Constitución y el Derecho Internacional cuando entre ellos no existe contradicción. La interpretación jurídica hecha por el juez en jurisdicción interna debe esmerarse por «cerrar» el sistema «en armonía con la fuente internacional, de modo tal que en cada caso y en cada circunstancia aquella interpretación, auxiliada por la integración coherente de los vacíos normativos, rinda el beneficio más valioso para la persona humana»³⁷.

El texto de un tratado sobre derecho humanitario internacional o sobre derechos humanos forma parte de un contexto, «en el que su sentido integral se esclarece con el objeto y el fin del tratado», principio hermenéutico que ha sido consagrado en el artículo 31.I. de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, la cual sistematiza principios interpretativos vigentes con anterioridad a la aprobación de dicho tratado.

36 Piza, Rodolfo y Trejos, Gerardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1989, pp. 117, 110 y 125.

37 Bidart Campos, Germán, "La interpretación de los Derechos Humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna". Ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 1994, p. 13.

Las normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos sólo «reconocen» y «aseguran» derechos, no los «constituyen», no los «crean», como lo señala expresamente la Constitución de 1980 en sus artículos 5° inciso 2° y encabezamiento del artículo 19; la constancia de los derechos en las normas escritas sólo significa vigencia normonológica, la vigencia sociológica radica en su cumplimiento y aplicación práctica, en su efectividad.

La interpretación de las normas referentes a derechos que conforman el orden jurídico puede presentar lagunas o vacíos y debe realizarse, por parte de los operadores jurídicos, especialmente por los jueces, mediante una apelación al conjunto de valores y principios, como el contexto histórico que alimenta a dicho ordenamiento jurídico como Estado de derecho constitucional democrático, lo que permite llenar los silencios o las carencias normativas para darle plenitud al sistema de derechos.

A su vez, el operador jurídico debe siempre optar por la alternativa preferencial por la norma y la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello, la dignidad de la persona humana. Este principio es aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 7/85, al establecer que si a una situación determinada le son aplicables dos normas diferentes provenientes de distintos tratados, debe prevalecer la norma que sea más favorable a la dignidad y protección de los derechos esenciales de la persona humana. Este principio hermenéutico es perfectamente válido para ser aplicable en el caso de normas de derecho interno y de derecho internacional de derechos humanos, debiendo preferirse la que mejor proteja los derechos humanos, porque el sistema en su integralidad lo exige, sea ello una norma explícita o implícita.

De esta fuerza vinculante de los derechos esenciales de la persona se desprende la invalidez de los actos o poderes públicos que los desconozcan o sean resultado de un procedimiento en el curso del cual ellos hayan sido ignorados.

3.3. La intangibilidad de los tratados en materias de derechos humanos.

Así, la Constitución de 1980 se inserta en materia de derecho humanitario internacional y derecho internacional de los derechos humanos, en un contexto internacional que exige al Estado de Chile cumplir sus obligaciones internacionales libremente contraídas a través de las cuales ha autolimitado su soberanía, lo que es propio de todo Estado de Derecho, donde el Estado se regula por el derecho, lo que los diferencia de los Estados autocráticos.

Así, los órganos constituidos y el poder constituyente derivado carecen constitucionalmente de competencia para modificar o derogar los tratados de derecho humanitario internacional, como los tratados de derechos humanos, en virtud del principio de intangibilidad de los tratados reconocido por el constituyente a través de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución.

Abona esta tesis, las expresiones del Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señor Ortúzar, quien encuentra razón al señor Guzmán respecto de la intangibilidad de los tratados internacionales, señalando que «le preocupa que en el futuro se interprete la expresión *fuerza de ley* como que el sistema institucional acepta que una norma legal pueda modificar los acuerdos con otros países, porque se destruiría la firmeza de la defensa chilena respecto a su intangibilidad y serían susceptibles de revisión los límites nacionales fijados por tratados (sesión 317, página 2587)».³⁸

Sostenemos que el poder normativo interno, sea en su expresión constituyente y legislativa, no puede modificar ni derogar los tratados.

De tal forma, que la reforma de la Constitución por el poder constituyente derivado destinada a privar de eficacia a un tratado internacional o a derogarlo sería inconstitucional, quedando expuesta, previo requerimiento, a la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Chile se encuentra vinculado por la Constitución Política de la República y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, teniendo el deber constitucional de respetarlos y promoverlos, no pudiendo substraerse de tal obligación constitucional establecida en las Bases de la Institucionalidad, artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, sin incurrir en notable abandono de deberes, como asimismo, exponer la seguridad y el honor del Estado de Chile en el campo internacional y debilitar el Estado de Derecho y los principios del constitucionalismo democrático que constituyen el soporte ético y jurídico de la Carta Fundamental y de la Nación chilena.

3.4. Características de la Constitucionalización de Derechos Humanos a través de Tratados Internacionales.

La institucionalización de derechos humanos mediante un tratado es más efectiva y radical que la que involucran las otras vías de institucionalización de derechos humanos, ya que puede adicionar o completar los derechos ya asegurados constitucionalmente, el criterio para juzgar tales derechos, no es si está el tratado de acuerdo o no con las normas constitucionales, sino que el criterio central es si el tratado que introduce el derecho produce un mejoramiento objetivo en la seguridad y garantía de los derechos, ya que tales derechos no son una creación del Estado ni del constituyente, sino que son inherentes al ser humano, correspondiendo al Estado sólo protegerlos y tutelarlos, constituyendo ellos un límite a la soberanía, a la potestad estatal, incluido el poder constituyente derivado.

38 Fiamma, Gustavo y Mohor, Salvador, "La jerarquía normativa de los tratados internacionales", Diario *El Mercurio*, Cuerpo D, del 4 de noviembre de 1994, p. 25.

Por tanto, a través del tratado puede incorporarse una mayor protección de uno o varios derechos, asegurados por normas constitucionales preexistentes, en cuyo caso el órgano de control de constitucionalidad deberá, de acuerdo a la concepción teleológica de la Constitución explicitada, aplicar los preceptos que brinden mayor protección a los derechos sobre aquellos que los desconozcan o les otorguen menor protección, en virtud de la norma que determina que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía o de las normas que aseguran los derechos implícitos en el constitucionalismo latinoamericano³⁹, siendo deber jurídico de todos los órganos estatales, incluido el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, respetarlos y promoverlos. El constituyente ha subordinado el ejercicio de la potestad estatal (soberanía) a las exigencias del respeto de la dignidad de la persona y los derechos humanos, por lo tanto, la institucionalización de tal derecho no puede constituir inconstitucionalidad, ya que la propia Carta Fundamental determina que el Estado debe asegurar y promover tales derechos, independientemente de si están considerados en el texto formal de la Constitución, ya que ello deriva del valor de la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el tratado en materia de derechos humanos aparece mucho más vinculado al carácter de universal de los derechos humanos y permite, por esa vía, armonizar la protección de los derechos constitucionales con su actualización permanente a través de los tratados, que representan el avance de la conciencia y la cultura humanas.

Ello no significa que los tratados en materia de derechos humanos queden fuera del control de constitucionalidad, sino que el criterio de dicho control debe tener como principio rector asegurar y mejorar la protección de los derechos humanos, lo que constituye una exigencia del bien común que es la finalidad de la actuación del Estado.

Así, un tratado en materia de derechos humanos objeto de control de constitucionalidad sólo puede ser declarado inconstitucional por atentar o menoscabar la esencia de los derechos humanos, si al introducir un nuevo derecho se puede transgredir en su esencia un derecho originario o previamente incorporado; por deteriorar los derechos ya incorporados a la Constitución; o por desconocer o menoscabar las garantías constitucionales de los derechos asegurados constitucionalmente.

Es así, que la voluntad de las constituciones es la de otorgarle a los tratados en materia de derechos humanos un tratamiento de preferente aplicación respecto de las normas de derecho interno y una modalidad de interpretación distinta a los otros tratados internacionales.

39 Constitución de Estados Unidos, enmienda novena; Constitución Argentina reformada en 1994, art. 33; Constitución de Brasil de 1988, Art. 5º, numeral 77.2; Constitución de Bolivia de 1964 reformada, Art. 35; Constitución de Colombia de 1991, Art. 94; Constitución de Costa Rica de 1949 reformada, Art. 74; Constitución de Ecuador de 1998, Art. 19; Constitución de El Salvador de 1983, Art. 52; Constitución de Guatemala de 1985, Art. 47; Constitución de Honduras de 1982, Art. 63; Constitución de Paraguay de 1992, Art. 45; Constitución de Perú de 1993, Art. 3º; Constitución de Venezuela de 1999, Art. 22.

Todo ello implica ya sea por norma explícita de incorporación de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado o por la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, la incorporación al derecho interno de los derechos contenidos, entre otros tratados y convenciones en materia de derechos humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; la Convención Americana de Derechos humanos o Convención de San José de Costa Rica, para sólo señalar los más importantes.

Los derechos contenidos en los tratados en materia de derechos humanos forman parte de la Constitución material, constituyendo parte del plexo de derechos garantizados constitucionalmente y constituyen límites al ejercicio del poder constituyente derivado y los poderes constituidos que ejercen las potestades públicas, así éstos pueden sólo asegurar, garantizar y promover en mejor forma los derechos esenciales de la persona humana, pero jamás podrán afectar la esencia de los derechos ni disminuir su nivel de actual garantía constitucional, sólo podrán incrementarla hacia el futuro, lo que vale también para el constituyente derivado o instituido.

El criterio para juzgar la compatibilidad con la Constitución de los derechos institucionalizados por vía de tratado internacional, es el criterio de si con ello se refuerza o se mejora objetivamente la seguridad y garantía de los derechos esenciales, los cuales siendo tales constituyen un límite al poder constituyente y legislativo, por tanto, el Tribunal Constitucional o la Corte que realiza control de constitucionalidad, sólo podrá declarar si sus normas desmejoran la situación de los derechos esenciales ya asegurados o afectan negativamente el nivel de garantías que ellos ya tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

Un sistema de derecho en un Estado Constitucional debe interpretarse de modo que logre su total plenitud a través de dos fuentes de retroalimentación: la interna de cada Estado y la internacional, lo que es aplicable en la materia que nos interesa a la Carta Fundamental de 1980.

4. Una jurisprudencia acorde con la nueva perspectiva del derecho de los derechos humanos

El Juez Nacional es un órgano del Estado que deriva su función y sus atribuciones del ordenamiento jurídico nacional, debiendo aplicar dichas normas en el desarrollo de su actividad jurisdiccional.

Si el Juez Nacional aplica el ordenamiento jurídico interno y entra en conflicto con el Derecho Internacional puede generar un hecho ilícito que comprometa la responsabilidad internacional del Estado. El Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, como lo establece expresamente la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 27, de la

cual nuestro país es parte. A ello debemos agregar que si un Tribunal Internacional es llamado a conocer y fallar la controversia surgida, dicho Tribunal resolverá la materia conforme al Derecho Internacional, para el cual el Derecho Interno del Estado constituye un hecho cuya validez internacional se aprecia de acuerdo con el Derecho de Gentes.

Respecto a esta última materia, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que «es un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del Derecho Interno no pueden prevalecer sobre las de un Tratado» (Serie B N° 17, página 32). Asimismo ha sostenido que «Un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los Tratados vigentes (Serie A/B N° 44, página 24)⁴⁰.

En tal sentido, el Juez debe intentar armonizar en el mayor grado posible ambos derechos en una interpretación sistemática y finalista. Así lo estableció en el caso chileno, un Auto Acordado de la Corte Suprema, de fecha 11 de abril de 1967. Por otra parte no debe olvidarse que el derecho internacional, válidamente incorporado es también parte del derecho nacional.

A su vez, el Juez debe examinar atentamente la intención de las Partes en el tratado, en términos de qué Derechos y obligaciones se establecen y si éstos se han o no acordado para ser ejercidos por las personas. Luego debe examinarse si los Derechos que otorga el Tratado son de aplicación inmediata (operativos o *self-executing*) o si requieren de medidas nacionales de implementación.

En materia de derechos humanos, el juez debe interpretar los tratados teniendo en cuenta su fin último, que es la protección de los derechos de las personas. Dicho juez debe optar siempre por aquella interpretación que protege en mejor forma los derechos de las personas. Las limitaciones deben ser interpretadas en forma restrictiva, como lo dispone específicamente el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

A su vez, los tribunales encargados de aplicar los derechos pueden resolver muchos problemas si tienen la voluntad efectiva de asegurar el respeto de los derechos humanos, especialmente, los que les corresponde ejercer control de la constitucionalidad a petición de parte o de oficio, pueden utilizar el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad por omisión, determinando la existencia de una vulneración constitucional por la inactividad de algunos órganos del Estado⁴¹.

40 Llanos Mansilla. Hugo. *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1977, p. 485, nota 474.

41 Vanossi, Jorge Reinaldo, "La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad en el orden interno de los Estados", *Revista IIDH*, N° 16, julio -diciembre 1992, San José, Costa Rica, p. 108.

Finalmente, los jueces pueden aplicar con suficiente voluntad y en cumplimiento del principio de buena fe, una interpretación que permita siempre la mayor protección de los derechos, incluso llenando las insuficiencias y vacíos, dando completitud que la norma requiere, salvaguardando así el honor y la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional y realizando el fin querido por el ordenamiento constitucional que es el de asegurar, garantizar y promover los derechos humanos, como lo establecen las Constituciones latinoamericanas en su gran mayoría, como ya lo hemos visto anteriormente.

La interpretación de los derechos en la jurisdicción interna no admite desvinculación de la interpretación hecha por la jurisdicción internacional respecto de los derechos asegurados por los convenios o tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico chileno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, ha establecido la integración y la complementariedad de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos, al respecto señaló:

«En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a los Tratados han sido consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales tanto de ámbito universal como regional» (párrafo 41), agregando que «el propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte igualmente en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión» (párrafo 43). La doctrina ha afirmado en forma unánime la misma posición⁴².

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que democracia y derechos humanos están vinculados intrínsecamente, en el preámbulo, cuando se sostiene que «el respeto de los derechos esenciales del hombre se ha de realizar «dentro del cuadro de instituciones democráticas». A su vez, el artículo 29 de la Convención Americana, prohíbe toda interpretación de la Convención que excluya otros

42. Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Los Derechos Humanos*, Ed. Themis, Bogotá, Colombia, 1980, p. 109.
 Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo progresivo*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, España, 1987, pp. 47-58.
 Nieto Navia, Rafael, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Editorial IIDH-Universidad Yoveriana, Bogotá, Colombia, 1988, p. 67.
 Dunshee de Abranches, Carlos, "Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, Washington, E.E.UU, 1968, p. 6.
 Gross Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, p. 19.

derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Ello se ve reforzado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a través de las opiniones consultivas 2 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 31; 5 del 13 de noviembre de 1985, párrafos 41 y 44; 8 del 30 de enero de 1987, párrafo 26; y 9 del 6 de octubre de 1987, párrafo 35.

Así en la OC5/85 se señala que «las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas» (párrafo 44).

Así, el contenido del literal b) del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido como regla hermenéutica que ninguna disposición de un tratado puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados». Una regla prácticamente idéntica está establecida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal regla llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a sostener en su opinión consultiva 1/82 que su competencia consultiva puede ejercerse respecto de toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal, o de que sean partes o puedan ser partes del mismo tratado Estados ajenos al sistema interamericano.

A su vez, el art. 29, c) de la Convención dispone que ninguna disposición de ella puede ser interpretada en el sentido de: “c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”. Esta norma de derecho internacional equivale a las normas constitucionales de derechos implícitos latinoamericanas, la cual fue propuesta originariamente por la delegación uruguaya.

Hay así toda una estructura de principios y valores que, coordinados con el objeto y fin de los tratados de derecho humanitario (Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos complementarios) y los principios y tratados de derecho internacional de los derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos y Convenciones posteriores complementarias), deben cumplirse de buena fe. Ello implica que los silencios, los implícitos, y el amplio arsenal axiológico que los nutre, tienen un sentido de vigor aplicativo, directo e inmediato en el ordenamiento jurídico, atribuyéndole toda su fuerza y valor normativo⁴³.

43 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, España, 1991.

Dejar de cumplir con las normas internacionales en materia de derechos humanos implica un desconocimiento de esos derechos, que los Tribunales, como órganos del Estado, deben respetar y promover.

Los tribunales de justicia no estarían dando cumplimiento al deber de respetar y garantizar los derechos humanos si por acción o por omisión no aplican la normativa relativa a los derechos asegurados en el ordenamiento constitucional o en los tratados incorporados válidamente al ordenamiento jurídico.

Ello requiere de una formación cultural de los operadores jurídicos que supere los preconceptos y resistencias a la aplicación de las normas de un orden internacional supra-nacional, dándoles operatividad inmediata. El fantasma de la soberanía sigue ejerciendo su influencia aun cuando las Constituciones especifican que los derechos humanos son parte de ellas o constituyen una limitación al poder estatal, como claramente lo establece la Constitución chilena en su artículo 5º inciso 2º.

Como dice la **Corte Constitucional de Colombia**, “es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos Internacionales” (Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, C-109/1995 y 477/1995).

En el ámbito jurisdiccional interno destaca la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la **Corte Suprema de Costa Rica**, lo que demuestra lo que pueden hacer los magistrados cuando de buena fe se comprometen efectivamente con los derechos esenciales de la persona humana y existe voluntad efectiva de cumplir las convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado.

Dicha Corte ha sostenido:

“Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, 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 sobre la Constitución (sentencia 3435-95 del 19-V-1995, considerando 6º)”⁴⁴. La misma sentencia citada precisa: “... si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en el caso contencioso o en una mera consulta, tendrán –de principio– el mismo valor de la norma interpretada”.

La **Corte Suprema de Uruguay**, en sentencia 247 del 18 de abril de 1997 asume el criterio de limitación de la inmunidad de jurisdicción, como consecuencia del princi-

⁴⁴ Citado por Piza Escalante, Rodolfo, El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica. Op. Cit., p.190. Con anterioridad hay sentencias similares: sentencia 3435-92, sentencia 5759-93.

pio de soberanía del Estado que la invoca, asumiendo un esquema dualista de actividades del Estado en públicas y privadas, entre actos de gobierno como poder político y actos de gobierno como persona jurídica privada, entre actos “*iure imperii*” y actos “*iure gestionis*”, concluyendo que “... los actos que el agente o funcionario diplomático cumple actuando en el ejercicio de sus funciones y que se regulan por el derecho interno del Estado receptor o sede – a vía de ejemplo, la contratación del personal administrativo o de servicio para la misión o consulado-, están sometidos a la competencia de los tribunales internos. La intervención de éstos puede excluirse en virtud del principio de inmunidad de jurisdicción de los Estados, sólo en los casos de actos “*iure imperii*”⁴⁵.

La misma Suprema Corte de Justicia de Uruguay en sentencia 418 del 17 de diciembre de 1997, respecto del derecho del niño a su propia identidad, que se encuentra asegurado por el artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño, frente al derecho de la presunta madre a saber si determinada persona que vivía en Uruguay, era el hijo que le había sido sustraído en Argentina, durante la época del régimen autoritario militar, a lo cual se negaba el supuesto hijo basado en su derecho a su actual identidad. Frente a esta tensión entre derechos, la Suprema Corte de Uruguay señaló “que el derecho a la identidad de menos tiene en la Argentina jerarquía de ley fundamental (art. 755 N°22); en nuestro país también cabe similar solución por la incidencia que tiene el artículo 72 de la Constitución, que permite recepcionar todos los derechos humanos que se consagran –más específicamente- en las Convenciones o Pactos Internacionales”, agregando que “... existe contradicción entre dos derechos fundamentales que debe ser decidida conforme con el criterio de razonabilidad; ...”, precisando y concluyendo que “ciertamente es muy difícil resolver el punto, pero las peculiaridades del caso llevan a optar por la primacía del derecho del menor (máxime que ahora es mayor) a negarse al examen, porque quiere seguir teniendo la “identidad” que lo distingue actualmente”⁴⁶.

La Suprema Corte Argentina, ya en 1992, en el caso “*Ekmekdjian c. Sofovich*”⁴⁷, asume el monismo con preeminencia del derecho internacional, al asumir que al haber ratificado el Estado argentino, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, teniendo especialmente en consideración su artículo 27, ello imponía la asignación de primacía al tratado internacional, ante un eventual conflicto con normas de derecho interno. Así se otorgó amparo al derecho de rectificación o respuesta no contemplado expresamente en la Constitución argentina, teniendo como base para ello la Convención Americana de Derechos Humanos. Luego, la Carta Fundamental, como hemos visto, incorporó con la reforma de 1994, al Pacto de San José de Costa Rica con jerarquía constitucional expresa, en el artículo 75 N°22.

45 Esteva Gallicchio, Eduardo, “Jurisprudencia más relevante establecida por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (años 1997 a 1999)” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N°3, año 1999. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, pp. 320-321.

46 Esteva Gallicchio, Eduardo, Op. cit., pp. 323-324.

47 La Ley, 1992-C-543.

A su vez, la Corte Suprema argentina ha desarrollado la doctrina que se ha denominado del “seguimiento nacional”, en base al artículo 67 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica, en los casos “Giraldi” y “Bramajo”, argumentando la buena fe internacional, involucrada en el leal cumplimiento del Tratado y la aceptación de la autoridad política y jurídica de los organismos estatuidos por la Convención, señalando que las resoluciones de la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para todos los jueces argentinos, en la interpretación y aplicación de los derechos humanos ⁴⁸.

La Corte Suprema de Venezuela⁴⁹ que toca a la autoejecutividad del artículo 25 de la Convención Americana que garantiza la acción de amparo constitucional de todos los derechos y la operatividad del artículo 49 de la Constitución de Venezuela de 1961⁵⁰, que armoniza con ella, señalando:

«la norma transcrita ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aparte del artículo 50 de la propia Constitución, que establece:

«la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos».

«Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisibles, desde el momento que haría de aquellos meras declaraciones retóricas sin contenido real».

«Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los tribunales de la República deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 4º de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de los que provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia».

48 Sobre la materia ver La Ley, 1996-E-409. Asimismo Sagüés, Néstor: “El valor de los pronunciamientos de la Comisión interamericana de Derechos Humanos” en *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-745. Bidart Campos, Germán y Albanese, Susana, “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en *Jurisprudencia Argentina*, 30-6-1999.

49 Sala Política Administrativa, caso Andrés Velázquez con Consejo Supremo Electoral. Citado por Carlos Ayala Corao, “El Derecho de los derechos humanos” en *Lecturas constitucionales Andinas*, N° 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1994, p. 61.

50 Hoy artículo 22 de la Constitución Venezolana de 1999.

La Corte Suprema de Venezuela, en reciente fallo de 1999, asume la concepción progresiva de los derechos humanos, al considerar con base al artículo 50 de la Constitución Venezolana de 1961⁵¹, que asume la existencia de derechos implícitos o no enumerados por el texto constitucional, determinando que “*El referéndum previsto en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo ejercicio se fundamenta en el artículo 50 de la Constitución*”, agregando luego que “*Ello es aplicable, no sólo desde el punto de vista metodológico sino ontológicamente, ya que si se considera que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a éste por encima del poder soberano. La falta de tal derecho en la Carta Fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado ab initio al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política*”.

La jurisprudencia de los tribunales de justicia chilenos en materia de la relación entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos, después de la reforma constitucional al art. 5º inciso 2º, en 1989.

Tales sentencias que aún son pocas y modifican el enfoque interpretativo anterior desarrollado por los tribunales superiores de justicia, afirman la aplicabilidad preferente de las normas del derecho convencional internacional válidamente incorporado respecto a las normas de derecho interno; afirmar la aplicación y la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (art. 26 Convención de Viena), como asimismo, no oponer obstáculos de derecho interno a las obligaciones internacionales (art. 27 Convención de Viena).

La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago en abril de 1993, resolviendo un recurso de apelación del «Centro de Salud y Recreación Gunter Mund y Cía. Ltda.» respecto de una multa aplicada por un Juez Local en fallo de primera instancia al haberse impedido el ingreso al local de una dama de nacionalidad coreana, señala:

«El hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar a un lugar público, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra circunstancia étnica, social o cultural, implica un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativa a derechos humanos, contenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos que son leyes de la República en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental».

Tal acción sostiene el Tribunal, basada en el hecho que «las costumbres alimentarias de personas de esa nacionalidad hace que tengan mal olor o que grupos de personas de

51 Ver *Ius et Praxis*, año 5, Nº 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Universidad de Talca, Talca, Chile, 1999, pp. 579 y ss. Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, 19 de enero de 1999.

esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además, de significar la conducta de los responsables del Centro de Salud Gunter Mund una discriminación racial, resulta además injusta y atentatoria a la dignidad humana».

En causa Rol N° 983-93, de recurso de protección, la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 31 de mayo de 1993, luego confirmado por la Corte Suprema, por fallo del 15 de junio de 1993, aplicando directamente los Pactos Internacionales en materia de derechos humanos, señaló:

«9º) Que lo concluido en los considerandos anteriores es plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, ratificados por Chile y vigente en nuestro país, siendo suficiente para esa magistratura citar al efecto los artículos 17 y 19 números 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales al tratar estos derechos confieren manifiestamente mayor jerarquía a la privacidad y a la honra que a la libertad de expresión e información. Desde luego permite la restricción previa, siempre que esté expresamente fijada en la ley y sea necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y también la moral pública, lo que es plenamente aplicable al caso de auto.

Todavía más, el artículo 4º de este pacto permite en circunstancias excepcionales, que el mismo contempla, suspender o restringir el derecho a la libertad de expresión o información, pero no ocurre lo mismo con la privacidad y la honra, las que deben ser respetadas en toda situación.

También cabe mencionar los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que aun cuando contempla el derecho a la libertad de expresión en forma amplísima, pues no permite ninguna forma de censura previa, ésta debe interpretarse en los términos señalados en el considerando 7º, teniendo presente que en la especie no se trata de medidas restrictivas dispuestas por el Poder Ejecutivo, que podrían calificarse de políticas, sino de medidas judiciales contempladas en la ley y que corresponden al rol tutelar que es inherente a los Tribunales de Justicia».

Sin perjuicio de la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, en este último caso, en nuestra opinión, lo que ha sido ratificado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, existe una mala interpretación de la Convención, olvidando el Tribunal la prohibición de restricciones y censuras preventivas en materia de libertad de información que establece el art. 13 de la CADH, en su párrafo 2º.

Así, respecto de la libertad provisional de menores, hay una cantidad importante de sentencias de Cortes de Apelaciones que se fundamentarán en la Convención de Derechos del Niño, cuyo razonamiento es similar al que se transcribe a continuación: *«Que tratándose de una menor de edad que delinquirió a los 17 años, mayor motivo tienen aún los jueces para inclinarse en favor de la excarcelación, sobre todo, si se considera que de*

conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre Derechos del Niño - publicada en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990-, la prisión de un niño -y se entiende por tal al menor de 18 años de edad (artículo 1º)- se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que procede. Disposición que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con el artículo 51 inciso segundo de la Constitución Política de la República que ordena respetar y promover los derechos establecidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes». (Sentencia Rol N° 19558 -a- 94. Corte de Apelaciones de Santiago).

Hoy es indiscutible que los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son parte del derecho chileno y aplicables de inmediato si se trata de derechos civiles y políticos. Esto constituye una obligación para todos los órganos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales a los que les cabe un rol fundamental en esta materia.

En fallo Rol N° 43.488-9, consultada la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto de una sentencia penal que condenaba a L.V.C., fundado en confesión extrajudicial previo apremios ilegítimos que le provocaron lesiones por cuerpo contundente, determinados por los correspondientes informes médicos, la Corte de Apelaciones declara nula tal confesión, absolviéndolo de la acusación que se le había formulado. A estos efectos, los considerandos en que se invocan y aplican los tratados de derechos humanos son los siguientes:

«2º.- Que el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable.

Todavía más, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes define como tortura «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión... cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas...» (artículo 1º). Obliga a todo Estado parte a mantener en examen los sistemas, métodos y prácticas de interrogatorio de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión, precisamente con el fin de evitar «todo caso de tortura» (art. 11). Y además, compete a los Estados parte a asegurarse de que ninguna declaración que se demuestre haber sido hecha como resultado de tortura.

3º.- Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, por cumplir plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política.

Por lo demás, hoy se entiende formar parte del debido y racional procedimiento penal y, por tanto, también obligan a los tribunales por la vía del artículo 19 de la misma Carta Principal, en lo que hace a su numeral 3º inciso 5º.

4.- Que así las cosas, descartado el único elemento de cargo que la pesquisa logró reunir en contra de L.V.C., no queda sino concluir que, apreciada como en este tipo de asuntos corresponde evaluarla, no logra la prueba convencer respecto de su participación criminosa en el delito por el que se le acusó, debiendo los jueces seguir en este particular la sabia regla del artículo 456 bis del Código Procesal⁵².

El fallo transcrito aplica directamente las normas del derecho internacional de los derechos humanos y entiende que ellos se incorporan a la Constitución entendiendo, en este caso específico, que forman parte del artículo 19, N°3, inciso 5º.

También, en materia de Tratados no referentes a derechos esenciales, la Corte Suprema ha determinado la prevalencia de los tratados en el siguiente caso, confirmando jurisprudencia anteriormente citada:

En recurso de protección interpuesto por la Compañía Chilena de Fósforos en contra de la Comisión Nacional de Distorsión de Precios, en cuanto esta última no había dado curso en la denuncia de *dumping* por la incorporación de encendedores desechables provenientes de varios países asiáticos, al considerar la Comisión Nacional de Distorsión de precios que de acuerdo con el Tratado del GATT y su interpretación, los fósforos no son «productos similares» a los encendedores desechables, ya que «producto» similar es según el tratado del GATT el que tiene similitud física y no de finalidad.

Así, en fallo de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994, Rol N° 3.396-94, se determinó en los considerandos respectivos, lo siguiente:

“3º Que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución, y luego de su promulgación y publicación en el Diario Oficial;

4º Que una vez incorporado al derecho interno los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado;

5º Que la convención internacional en consideración se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el Tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacionab.

52 *Gaceta Jurídica*, abril de 1995, pp. 136-138.

Tal fallo fue **confirmado por la Corte Suprema de Justicia por unanimidad** de los cinco ministros que integraron la Primera Sala, el 11 de enero de 1995, Rol N° 24.244. Fallos publicados en *Gaceta Jurídica* de marzo de 1993, pp. 165-168.

La misma **Corte Suprema** en sentencia del 26 de octubre de 1995 en recurso de queja N°5566, determina en su **considerando 14**: “*que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente, de producirse debilitaría el Estado de Derecho*”.

Asimismo, **diversas sentencias de la Corte Suprema han determinado que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, como asimismo, que en el caso de pactos o convenciones internacionales que persiguen garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tienen aplicación preeminente**, “esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental se deduce que los **derechos esenciales** limitan la soberanía y son “**superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos**” (Revista *Fallos del Mes* N° 446, Sección criminal, p. 2066, considerando 4°).

Asimismo, la **Corte Suprema** en fallo Rol 459-98 de septiembre de 1998, recurso de casación penal, en su considerando décimo determina: “*en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones (tratado internacional) importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del derecho internacional los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos*”.

Todo lo anteriormente señalado, nos muestra en forma paulatina y creciente, el abandono por los tribunales superiores de justicia del continente, de la dogmática en materia de derechos constitucionales correspondiente a la primera mitad del siglo XX, y que se comienza a asumir la nueva dogmática del derecho de los derechos humanos con sus dos vertientes, la de derecho interno y de derecho internacional.

A su vez, hay una toma de conciencia creciente en la judicatura latinoamericana, que fallar contra derecho convencional internacional de los derechos humanos, implica agregar a la violación misma de la norma internacional, una segunda vulneración que es el acto jurisdiccional del Estado contrario al derecho internacional.

5. El tema de los Derechos Humanos es una cuestión de Jurisdicción concurrente o compartida entre la interna de cada Estado y la internacional

Ello obliga al Estado a resolver las materias de derechos humanos de conformidad con el sistema internacional (universal o regional) del que el Estado es parte, lo que impone el deber a este último, de que tales derechos se hagan efectivos en su jurisdicción interna como lo exige también nuestro artículo 5º inciso 2º de la Constitución. Así, es en el ámbito del Estado donde los derechos deben lograr efectividad, pero es el derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos el que determina las directrices básicas o mínimas dentro de las cuales el derecho interno tiene que resolver la materia concreta referida de derechos de la persona humana, en lo que se alude a las personas que se encuentren sometidas a su jurisdicción.

Desde la vigencia de la Carta de Naciones Unidas, nos dice Verdross, se ha «roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional»⁵³, a lo que podemos agregar, que para la jurisdicción internacional, el derecho interno y los actos jurisdiccionales internos, son meros hechos de la causa.

6. Medios internacionales de protección de los Derechos Fundamentales

En el caso que los medios jurídicos internos de reparación de los derechos humanos no existan, se hayan agotado sin tener éxito o no sean tales medios efectivos, la protección de los derechos puede hacerse a través de los mecanismos internacionales.

Hay en este ámbito una fuerte interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público.

Aquí debemos insistir en que el sistema internacional de protección de los derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario del correspondiente a los tribunales nacionales. En todo caso, cuando intervienen los organismos internacionales verifican la conformidad de todas las normas estatales, todo el derecho interno (desde la Constitución, pasando por las leyes, actos administrativos hasta llegar a las sentencias de los tribunales internos), a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, especialmente en materia de Pactos Internacionales o tratados en materia de derechos humanos.

En esta perspectiva, una sentencia de cualquier tribunal nacional puede comprometer el honor y la responsabilidad internacional del Estado, sin perjuicio de vulnerar el propio ordenamiento jurídico interno, si falla un asunto ignorando el derecho inter-

⁵³ Verdross, *Derecho Internacional Público*, Madrid, España, 1987, p. 492.

nacional de los derechos humanos o realizando una interpretación violatoria de un tratado en la materia. Ello se debe a que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes finales de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, interpretación final que queda en manos de los órganos de supervisión o jurisdiccionales que crea y desarrolla el tratado o sus protocolos complementarios (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Comisión de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Para citar un solo ejemplo, la determinación de si un precepto de la Convención Americana de Derechos Humanos es de ejecución inmediata (*self executing*) o no, ello está determinado por el derecho internacional y su órgano de aplicación que es la Corte Interamericana del Derechos Humanos a través de sus opiniones consultivas y de sus sentencias al respecto los tribunales nacionales deben seguir esa interpretación, ya que si no lo hacen comprometen gravemente la responsabilidad internacional y el honor del Estado, además de su responsabilidad interna de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado respectivo.

Así, los organismos y tribunales internacionales o supranacionales competentes, constituyen los intérpretes últimos en relación a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos, como asimismo, los Estados Partes deben dar cumplimiento a las obligaciones de resultado que contiene la respectiva sentencia internacional o supranacional.

7. El valor jurídico de las “recomendaciones” de la Comisión interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos

Dicha Convención, junto con ser norma de derecho internacional obligatoria para los Estados Partes y todos sus órganos, es también norma de derecho interno, incorporada válidamente a nuestro ordenamiento jurídico, que debemos respetar y cumplir de buena fe de acuerdo con las normas de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados de 1969, especialmente su artículo 26 que determina “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe”, lo que se complementa con el artículo 27 que precisa la prohibición de invocar disposiciones de derecho interno con el objeto de no cumplir las obligaciones emanadas del tratado.

La Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso *Qatar versus Bahrein* (1994) estipuló que “Un Estado no puede invocar una disposición de su derecho interno como justificación para no cumplir con una obligación internacional, lo que constituye un principio general de Derecho Internacional”.

Tratándose la Convención Americana de Derechos Humanos de un tratado dedicado

a los derechos humanos, los Estados partes del mismo “se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia las personas bajo su jurisdicción”, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 2/82 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente sus párrafos 29 y 30.

La misma Corte Interamericana ha sostenido que “las disposiciones del sistema interamericano le han encomendado a la Comisión la promoción de los derechos humanos, ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ (artículo 11 de la Carta de la OEA) como lo recoge textualmente el artículo 41 de la convención. Es esta la función principal de la Comisión y la que condiciona y regula todas las demás que ella tiene, en particular las que le atribuye el artículo 41 y cualquier interpretación que de ellas se haga tendrá que estar sujeta a este criterio” (O.C. 13/93 del 16/07/93, sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

En el ejercicio de esta función principal de promoción y defensa de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite recomendaciones como una de sus atribuciones, no solamente para los Estados Partes sino también para todos los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). De esta forma, el artículo 41 de la CADH regula la función principal de la Comisión.

A su vez, los artículos 50 y 51 establecen las atribuciones de la Comisión en el contexto de la sección 4, relacionada con el desarrollo procesal frente a las comunicaciones en que se alegue la violación de uno o más derechos de aquellos asegurados por la CADH.

Las recomendaciones de la Comisión, de acuerdo con los artículos señalados, constituyen la fase final del procedimiento específico que se inicia con las comunicaciones o peticiones presentadas a la Comisión.

Las recomendaciones o resoluciones de la Comisión, en virtud del artículo 51 de la CADH, deben entenderse dentro de las obligaciones de los Estados Partes de la CADH de acuerdo con el artículo 1º de dicho tratado, la de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos asegurados por dicha Convención en forma libre y plena a todas y cada una de las personas sujetas a su jurisdicción. La Corte Interamericana en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29/07/1988, determinó que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos.

El Estado Parte tiene el deber jurídico de reparar adecuadamente las violaciones de los derechos por él cometidos, ya sea por responsabilidad de actos del gobierno o de decisiones jurisdiccionales de los tribunales. El Estado que no cumple las recomendaciones dictadas por la Comisión, vulnera los artículos 50.3 y 51.2, no solamente en virtud de las normas imperativas generales de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide* del artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Trata-

dos de 1968, sino, además, porque viola las normas convencionales *per se*, como precisa Bidart Campos⁵⁴.

En efecto, los artículos 50 y 51, como estableció la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 13/93, se han inspirado de los artículos 31 y 32 de la Convención Europea: "Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Comité de Ministros, la Convención Americana atribuyó a la Comisión la facultad de determinar si somete un caso a la Corte o si continúa conociendo del mismo" (párrafos 46 y 47).

Al sustituir la Comisión Interamericana al Comité de Ministros, al tener las decisiones de este último efectos vinculantes nada impide que lo tengan las resoluciones de la Comisión, si el objetivo de éstas es que los Estados cumplan sus obligaciones de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos. ¿Qué efecto útil tendrían las recomendaciones de "la Comisión si no es obligatorio cumplirlas? El artículo 51 de la CADH determina que la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada".

En el caso de Chile, que ha reconocido la jurisdicción supraestatal establecida en la CADH, si no se quiere concluir en un resultado interpretativo absurdo o irrazonable (art. 32 de la CADH), es necesario concluir que las recomendaciones de la Comisión, emitidas en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, tienen carácter vinculante y deben cumplirse, de lo contrario, todo el procedimiento ante la Comisión no serviría de nada, sería un gasto de tiempo y actividad procesal inútil.

El incumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana en virtud de los artículos 50 y 51 de la CADH, constituye una omisión de parte del Gobierno de adoptar las medidas legislativas a que obliga el artículo 2 de la CADH, y en el caso de los tribunales chilenos, en la omisión de la obligación de adoptar "las medidas de otro carácter" que son las resoluciones judiciales. Los órganos del Estado constitucionalmente tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales asegurados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes de acuerdo con el artículo 5º de nuestra Constitución. Todos los órganos estatales nacionales tienen el deber de darle efectividad a los derechos conculcados señalados en las resoluciones de la Comisión Interamericana enmarcadas en el ámbito de los artículos 50 y 51 de la CADH.

Los tribunales nacionales a través de sus resoluciones y sentencias deben, de acuerdo con las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la CADH, que son parte de nuestro ordenamiento jurídico y de aplicación preferente, hacer efectivos los derechos asegurados por la CADH que forman parte del bloque constitucional de derechos y

54 Bidart Campos, Germán, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en *Jurisprudencia Argentina*, N° 6148, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 20.

que fueren violados de acuerdo a lo determinado por la Comisión Interamericana en uso de sus funciones y atribuciones expresamente reconocidas por el Estado de Chile.

En el ámbito comparado, la Corte Suprema de Justicia Argentina en los casos “Giroldi” (Fallos 318-514) y “Bramajo” (Fallos 319-1840)⁵⁵, ha determinado que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”

A su vez, cuando la violación de uno o más derechos asegurados por la CADH que forman parte de nuestro bloque constitucional de derechos esenciales, se debe a una sentencia judicial de un tribunal chileno, se configura la situación de nulidad de la cosa juzgada por sentencia írrita o arbitraria, vulneradora de derechos esenciales, los cuales de acuerdo a nuestra Carta Fundamental constituyen límites a la soberanía y, por tanto, a todas las potestades de los órganos instituidos (artículo 5º inciso 2º de la Constitución). El error judicial vicia la sentencia y afecta gravemente el racional y justo procedimiento asegurado por el artículo 19 Nº3 inciso 5º de la Carta Fundamental, como asimismo, los artículos 1, 2 y 8 de la CADH.

Las sentencias de los tribunales deben ser revisadas cuando ellas constituyen vulneración de derechos, así declarados por la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Incluso, si el recurso de revisión no existiera debiera admitirse ante una aparente “*vacatio legis*” por imperativo de justicia natural.

Las principales Cortes internacionales admiten la revisión de sentencias firmes con el objeto de evitar una situación de evidente injusticia que muestra un vicio sustancial de la sentencia, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Genie Lacayo, revisión sentencia del 21/1/97, resolución del 13/1/97). Tal revisión la contempla también la Corte Internacional de Justicia (art. 61), el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art. 12), la Corte Europea de Derechos Humanos (Reglamento B, art. 60).

Como lo señala con claridad el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el magistrado Cañado Trindade: “Mientras no prevalezca en todos los Estados Partes de la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquier acto u omisión, de cualquiera de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), muy poco se avanzará en la protección de los derechos humanos en nuestro continente (CIDH, resolución del 13/9/97, párrafo 24).

Si lo establecido es predicable de las recomendaciones de la Comisión Interamericana,

⁵⁵ Ver Sagüés, Néstor, “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Revista *Jurisprudencia Argentina*, N° 6033, Buenos Aires, Argentina, 1997, pp. 2 y ss.

ello adquiere mayor fuerza en el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales son “definitivas e inapelables” (artículo 67 de la CADH), estando el Estado chileno obligado a cumplir tal veredicto (artículo 68 de la CADH).

Las sentencias de la Corte Interamericana cuando el caso se refiera a una sentencia de la Corte Suprema u otro tribunal chileno, cuyo ejemplo hoy es el caso de la película “La última tentación de Cristo”, que la Corte Interamericana deberá fallar próximamente, si lo hace condenando al Estado de Chile, éste no tiene normativa interna para revisar el fallo de la Corte Suprema sobre la materia.

Ello deja en la incógnita cómo se dará cumplimiento a la sentencia eventualmente adversa al Estado, siendo responsabilidad nacional determinar el procedimiento para concretar la obligación de resultado en el cumplimiento de la sentencia del Tribunal supraestatal de buena fe, sin poder alegar las propias omisiones, actuaciones o normas para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, en lo cual está comprometida la responsabilidad y el honor del Estado de Chile y de sus órganos Ejecutivos, Legislativo y Judicial.

Las obligaciones del Estado de Chile de adoptar las “medidas legislativas” o de “otro carácter”, entre las que se encuentran las resoluciones judiciales, de acuerdo con el artículo 2º de la CADH, implican adoptar los procedimientos de revisión de la legislación y de las sentencias que sean motivos de violación de la CADH.

Tal perspectiva constituye un imperativo de nuestro Estado de derecho constitucional democrático en cumplimiento de las obligaciones que, libre y voluntariamente, hemos adquirido en ejercicio de la soberanía, compromiso que debemos respetar y garantizar. Así lo exige también el bien común internacional y la honestidad y buena fe que deben regir el derecho internacional y supranacional.

En tal perspectiva, es necesario que el Estado de Chile arbitre un procedimiento expedito para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, procedimiento que debería ampliarse o aplicarse también a la ejecución de las sentencias de los Tribunales Internacionales o Supranacionales en materia de derechos humanos o materia penal a los que el Estado de Chile haya reconocido jurisdicción y competencia.

Ello tiene por objeto evitar la situación de que sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como asimismo del futuro Tribunal Penal Internacional, instancias a las cuales el Estado de Chile les reconoce jurisdicción y competencia, queden sin ejecución, como ocurre hoy día también con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto hay varias alternativas posibles que han sido seguidas en países europeos. Así por ejemplo, el artículo 441 del Código de Procedimiento Criminal de Bélgica, establece que el Fiscal General, por instrucciones del Ministro de Justicia, puede de-

nunciar ante el Tribunal de Casación (Corte Suprema) sentencias definitivas de los Tribunales belgas que sean contrarias al ordenamiento jurídico, pudiendo dicho tribunal decidir la reapertura de la causa. A su vez, el artículo 1088 del Código de enjuiciamiento civil, permite que el fiscal General pueda denunciar, a instancia del Ministro de Justicia ante el Tribunal de Casación, sentencias realizadas con exceso de poder de jueces o contrarias al ordenamiento jurídico. Dicho procedimiento ha sido utilizado en Bélgica para la revisión de procesos penales en los cuales se declaró por sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vulneración de la Convención Europea de Derechos Humanos, dando ejecución a la sentencia del caso “Piersack” (A 53; sentencia del Tribunal de Casación del 18 de mayo de 1983).

En el caso de Austria, también se establece que el Fiscal General ejerza de oficio o a iniciativa del Ministro Federal de Justicia, su facultad de interponer ante el Tribunal Supremo una demanda de nulidad de la sentencia penal impugnada en el interés de la aplicación del ordenamiento jurídico, cuando haya habido violación o incorrecta aplicación del derecho, al amparo del artículo 33.2 del Código de Procedimiento Criminal. Así el Tribunal Supremo puede casar la sentencia original o modificar la pena. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Unterpetinger y Windisch” se ejecutaron siguiendo esta modalidad (Sentencia del Tribunal de Justicia de Austria del 21 de julio de 1987 en ejecución de STEDH, A 110; Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Austria del 23 de agosto de 1990, en ejecución de la STEDH 186).

En el caso de Suiza la ley de revisión de la Administración Federal de Justicia del 29 de mayo de 1985, en su artículo 139 (a) establece que “serán admisibles las demandas de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de un Tribunal inferior si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa hubiera aceptado las alegaciones de una reclamación individual denunciando una infracción al Convenio o a uno de sus protocolos, y si la reparación no pudiera ser obtenida por otros medios. La revisión debe ser solicitada y se trata de un mecanismo subsidiario. El plazo para presentar esta demanda es de 90 días desde que se notifica a las partes la resolución del órgano europeo. Procedimientos similares de revisión se contemplan en el artículo 66.1.b) de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; en los artículos 229.4 y 278 bis de la Ley de Procedimiento Criminal y en el artículo 200.1.f) de la Ley de Procedimiento Criminal Militar.

El modelo más perfeccionado es el del Estado de Malta, el cual establece un mecanismo especial para ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, toda sentencia del TEDH afectada por la declaración de reconocimiento de su jurisdicción puede ser ejecutada por el Tribunal Constitucional, de la misma forma que las sentencias dictadas por este Tribunal y ejecutables por él. A tal efecto debe formularse una demanda ante el Tribunal Constitucional, que debe notificarse al Fiscal General solicitando que se ordene la ejecución de la sentencia.

En el caso de Luxemburgo, dicho ordenamiento jurídico contiene una normativa especial para hacer posible la revisión de un proceso penal cuando una persona ha sido condenada con violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La ley del 30 de abril de 1981 que reformó el Código de Procedimiento Criminal, introdujo el artículo 443.5 en el que se establece que una persona tiene derecho a que se revise su causa cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que su condena ha sido formulada en contravención del Convenio.

De las alternativas reseñadas nos parece más conveniente el establecimiento de disposiciones similares a las existentes en los Estados de Luxemburgo y de Malta.

Estas son algunas ideas de alternativas y disposiciones que podrían tenerse en consideración para la ejecución de sentencias de instancias internacionales jurisdiccionales a los cuales el Estado de Chile les haya reconocido competencia, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el futuro próximo a la Corte Penal Internacional, las que podrían incorporarse en el ámbito respectivo correspondiente al Nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual regirá en el próximo siglo, donde la internacionalización del derecho y la operación de los tribunales internacionales será cada vez más habitual y normal.

8. Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y cosa juzgada interna

En esta materia, debe señalarse que la cosa juzgada no constituye una garantía del debido proceso en la CADH ni en el texto de nuestras constituciones por regla general. Además, consideramos **que la cosa juzgada no existe en sentencias frías**, las cuales no son propiamente sentencias y carecen de validez jurídica. La doctrina comparada ha asumido la revisión de la cosa juzgada nula. Ejemplos de ello es cuando se ha vulnerado el derecho a un tribunal objetivo e imparcial; cuando se ha vulnerado el derecho a defensa jurídica técnica eficaz; cuando se ha vulnerado la racional y justa investigación o proceso; cuando se ha vulnerado el debido proceso por dolo o fraude, por sentencia arbitraria, por pruebas o testimonios falsos, entre otras materias.

El cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o supranacional que ha determinado que la sentencia de carácter nacional no cumple con el carácter de sentencia válida y respetuosa de los derechos antes señalados, es fundamento suficiente para revisar o rehacer el proceso.

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aun cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso *Genie Lacayo* de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias frías constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribu-

nales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (Art. 61); la Convención de La Haya sobre solución Pacífica de controversias internacionales (art. 83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art. 12); y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

El destacado jurista y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Profesor Cançado Trindade, ha determinado que el recurso de revisión, aunque restrictivo, debe admitirse ante una aparente *vacatio legis* por imperativo de justicia natural.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su **Opinión Consultiva 8/86, párrafo 29**, ha determinado que no corresponde invocar razones de orden público para sostener la cosa juzgada cuando ella implica vulneración de derechos esenciales, ya que el objetivo esencial del orden público es precisamente, la protección de los derechos esenciales y las condiciones de progreso material y espiritual del conjunto de las personas que forman parte de una sociedad política.

Existen en el derecho comparado diversos casos de revisión de sentencias pasadas en cosa juzgada formal y material, que han sido revisadas luego de decisiones en las cuales se ha constatado la vulneración de derechos esenciales, por parte de judicaturas internacionales.

Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo, está constituido por el caso “Bultó”, en España, 1992, donde en un proceso penal el Sr. Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo Español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional Español, el cual en base al fallo de la Corte Europea anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además el Tribunal Constitucional Español solicitó a los órganos colegisladores que dictaran la normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores españoles no han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, luego de diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un Ministro de Corte. El afectado recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual utilizando el procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48, párrafo primero, literal f) de la CADH, determinó que frente a la clara vulneración de los derechos del Sr. Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley, por parte del Estado argentino, posibilitó que ese último enmendara su conducta,

lo cual fue facilitado por parte del Señor Verbitsky, quien presentó un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, sala primera, la que, con el informe del Fiscal, hace lugar al recurso, después de ello, la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (J.A. 1995-II-592), dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198, considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley por el sistema interamericano de protección de los derechos.

En el contexto latinoamericano, diversas salas constitucionales de Corte Suprema y Tribunales Constitucionales dan ejecución a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siguen los principios emanados de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta es la única perspectiva compatible con la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado en una concepción coherente y una interpretación sistemática y finalista. Si se deja sin ejecución las resoluciones del tribunal internacional o supranacional en materia de derechos humanos se vulnera el derecho a la protección jurisdiccional asegurados en nuestras constitucionales en armonía con el artículo 8º de la CADH, integrados en una interpretación sistemática y finalista.

No tiene sentido ni utilidad alguna otorgar competencia a un tribunal supranacional o internacional para pronunciarse sobre la protección de derechos esenciales si luego tal sentencia no se refleja de manera adecuada y no se le reconoce imperio por los órganos jurisdiccionales internos. El órgano jurisdiccional interno debe dejar de aplicar por sí mismo, cuando resulte necesario, cualquier norma estatal opuesta al derecho internacional convencional de los derechos esenciales sin necesidad de esperar que tal norma estatal sea derogada o reformada, guiándose por el principio de dotar de fuerza aplicativa preferente a la norma del derecho internacional que mejor protege el derecho esencial o que lo afecta menos y el principio del "efecto útil" como criterio interpretativo aplicado a las resoluciones judiciales supranacionales. En tal sentido, cabe recordar las resoluciones judiciales antes mencionadas en el ámbito latinoamericano de las Cortes Supremas de Argentina, Costa Rica, Uruguay y Venezuela, como asimismo, de los Tribunales Constitucionales de Colombia y España, sólo para citar algunos ejemplos.

Conclusiones

La dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales van conformando la cúspide de la pirámide normativa tanto del derecho internacional como del derecho nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del derecho interno, del derecho comunitario naciente y del derecho internacional, constituyéndose en el germen de la parte dogmática de un constitucionalismo regional.

Los tribunales nacionales dejan de ser la instancia final de resolución jurisdiccional sobre la materia de derechos humanos, función que desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito americano, como lo desarrolla la Corte Europea de Derechos Humanos en el contexto de Europa.

Los tribunales superiores en Chile han reconocida la aplicación directa y automática, del derecho internacional convencional luego de someterse a los trámites de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial (Artículo 50 N° 1 de la Constitución).

Los Derechos Humanos en derecho internacional progresivamente son *ius cogens* o principios generales del derecho internacional (Derecho a no ser esclavizado, derecho a no ser discriminado, derecho a no ser objeto de torturas, entre otros), lo que se impone como regla de derecho, aun respecto de aquellos Estados que no forman parte de las respectivas convenciones.

En el derecho chileno, el sistema de recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos, tiene los siguientes aspectos importantes:

- a) El derecho convencional internacional de derecho humanos requiere de aprobación parlamentaria y ratificación presidencial para incorporarse al ordenamiento jurídico chileno.
- b) La Constitución no determina expresamente el rango de los Tratados Internacionales en ninguna de sus disposiciones. La Constitución sólo sostiene que los tratados deben someterse a los trámites de una ley, pero no dice que tengan rango de ley. Así el problema corresponde dilucidarlo al intérprete de la Constitución. En general, la jurisprudencia ha sido variada, pero existe una tendencia reciente y creciente de la judicatura a considerar de aplicación preferente el tratado que contiene derechos esenciales en relación con el derecho interno, en una perspectiva coherente con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.
- c) Los derechos humanos contenidos en los tratados se consideran cómo límites a la soberanía estatal (artículo 5° inciso 2°), debiendo todos los órganos estatales asegurarlos y promoverlos.
- d) En nuestro país, como en otros Estados, los derechos humanos y las normas que los contienen constituyen la expresión de la idea de derecho sostenida por el Constituyente, la que no puede ser afectada por el poder constituyente instituido o derivado. Este último sólo puede mejorar la situación de los derechos y sus garantías, pero no disminuirlos o destruirlos.
- f) Consideramos que los derechos asegurados por las normas del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, se incorporan a la Constitución material, en cuanto ella reenvía di-

rectamente a tales normas que limitan la soberanía estatal. Por tal razón las normas internas que contravengan los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, pueden ser objeto de requerimiento ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 82 de la Carta fundamental o de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 80 de la Ley Fundamental, ya que conforman parte del parámetro de constitucionalidad al integrar el bloque de derechos esenciales. Esta perspectiva constituye la regla general del constitucionalismo latinoamericano de la última década, como hemos visto en el presente trabajo.

Los órganos del Estado deben garantizar los derechos introducidos por los tratados internacionales incorporados a la Constitución vía artículo 5° y adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que se requiera para ese fin y tienen prohibida toda acción u omisión que lesione tales derechos.

Si por un hecho imputable al Estado se ha vulnerado un derecho protegido, el Estado tiene la obligación internacionalmente exigible de restablecer el derecho infringido, indemnizar los daños y sancionar a los responsables.

Si el Estado no cumple con esta obligación queda abierto el camino de la protección internacional.

Las decisiones judiciales internas del Estado, al interpretar en forma incorrecta las normas de un tratado de Derechos Humanos, dejan de cumplir con la obligación internacional del Estado y comprometen su responsabilidad, ya que los tribunales nacionales no son los últimos intérpretes de la obligación de los Estados en materia de Derechos Humanos.

La protección internacional opera con carácter subsidiario o complementario, en casos de incumplimiento por el Estado de los compromisos asumidos, teniendo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un carácter jurisdiccional sancionatorio vinculante respecto del Estado infractor.

El análisis efectuado muestra una tendencia creciente al reconocimiento de la insuficiencia del Estado para cumplir sus fines, como asimismo, la supremacía del bien común internacional sobre el bien común nacional, afectando el sentido y alcance de la soberanía estatal. Así se bosqueja una nueva estructura de poder supranacional y supraestatal, generándose un orden público internacional y supraestatal cada día más evidente. Éste tiene como sujeto básico la dignidad de la persona, y tiene como fin el reconocimiento, garantía y promoción efectiva de los derechos humanos, tal como los ha definido la comunidad internacional y los órganos reguladores de los sistemas de protección del derecho internacional de los derechos humanos.

La protección de los Derechos Humanos trasciende así el ámbito nacional, existiendo

un consenso sobre la necesidad de su garantía supranacional, conjugándose en forma creciente el derecho internacional y el derecho interno en la protección de la dignidad y de los derechos de la persona humana, todo lo que obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar directamente las normas contenidas en el derecho internacional de los Derechos Humanos, el que se constituye progresivamente en el germen de una Constitución supranacional regional en el ámbito de los valores, principios y normas de aseguramiento de los derechos de las personas en nuestro continente.