

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

39

Enero-Junio 2004

 **Asdi**
ABENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

**NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS**



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2004, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 30,00. El precio del número suelto es de US\$ 15,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar</i>	
Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	11
<i>Thomas Buergenthal</i>	
Doctrina	
The Right to Live: The Illegality Under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction.	35
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	
Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio <i>pro homine</i>	71
<i>Humberto Henderson</i>	
La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos	101
<i>Fabián Salvioli</i>	
The Rome Statute's Sexual Related Crimes: an Appraisal under the Light of International Humanitarian Law	169
<i>Tathiana Flores Acuña</i>	
El derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño	203
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i>	

Temas en derechos humanos

Pueblos indígenas, derechos económicos,
sociales y culturales y discriminación233

Diego Iturralde G.

El derecho indígena entre derecho constitucional
y derecho interamericano, Venezuela y Awas Tingni.....257

Bartolomé Clavero

El sector empresarial y los derechos humanos:
¿puede el sector privado contribuir a promover los
derechos humanos en el sector cafetalero?293

Anthony P. Ewing

Elliot J. Schrage

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 39 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2004. Incluye temas de doctrina sobre el derecho internacional de los derechos humanos, complementada de una sección con temas especializados en derechos humanos, vistos desde una perspectiva interdisciplinaria.

A través de sus dieciocho años de publicación continua, la Revista IIDH se ha ido modificando a modo de incorporar los cambios en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, así como los socio-políticos y económicos. Muy al contrario de lo que ocurriera en el momento de la creación del IIDH -hace más de dos décadas- hoy se cuenta con un sistema interamericano de protección de derechos humanos plenamente desarrollado, basado en un amplio conjunto de instrumentos jurídicos derivados de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Hacen parte de este sistema la mayoría de los países de la región, los cuales cuentan hoy con regímenes políticos democráticos y constituciones que reconocen explícitamente los derechos humanos. Hay una creciente institucionalidad estatal en materia de defensa de los derechos y libertades de los habitantes; las organizaciones de la sociedad civil han consolidado su experiencia en el tema; y la comunidad internacional de derechos humanos ha crecido y está activa en múltiples frentes.

Este nuevo número de la Revista IIDH refleja el interés de fomentar la discusión de los temas de relevancia para esa comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los nuevos retos, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de

factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y de éstas en el mundo globalizado.

El No. 39 de la Revista IIDH está dividido en tres partes. A modo de introducción, la primera es un artículo de Thomas Buergenthal, Presidente Honorario del IIDH; Juez de la Corte Internacional de Justicia; ex Presidente, Vicepresidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De lectura amena, este artículo es un recuento de los primeros años de la Corte Interamericana, visto desde la perspectiva personal de uno de los integrantes del primer grupo de jueces que conformó este Tribunal.

La sección Doctrina en esta ocasión cuenta con cinco interesantes artículos. Abre con el aporte de Antônio A. Cançado Trindade, ex Director Ejecutivo del IIDH; ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y actual Juez de la misma. En su texto analiza la ilegalidad de las armas de destrucción masiva en el marco del derecho internacional contemporáneo. Sigue un trabajo en el que Humberto Henderson -docente universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en Montevideo (Uruguay) y actualmente funcionario de Freedom House en México- intenta una aproximación al estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno de los países. El tercer documento que les ofrecemos tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales, en lo que se refiere a su protección en el sistema interamericano de derechos humanos. Su autor, Fabián Salvio, es Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Director del Instituto de Derechos Humanos y de la carrera de postgrado de Magíster en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y consultor del IIDH. Tathiana Flores, abogada especialista en derecho internacional, que trabaja actualmente en la Corte Internacional de Justicia, evalúa en su trabajo los crímenes sexuales en el Estatuto de Roma, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario. Por último, el aporte de Valerio de Oliveira Mazzuoli -Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos en el Instituto de Enseñanza Jurídica Profesor Luiz Flávio Gomes (IELF), en San Pablo (Brasil), y en la Facultad de Derecho de Presidente Prudente (San Pablo, Brasil)- cierra esta sección, con su artículo titulado El derecho internacional de los

derechos humanos y la responsabilidad penal de los individuos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el derecho brasileño.

La tercera y última sección de este número de la Revista IIDH, Temas en derechos humanos, está compuesta por tres aportes, dos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y uno al novedoso tema del sector privado y los derechos humanos. Diego Iturralde, antropólogo y jurista ecuatoriano, Coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del IIDH, nos invita a pensar sobre los cambios que las identidades indígenas han experimentado en los últimos años en la región, desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales y la discriminación. Bartolomé Clavero, Catedrático de la Universidad de Sevilla, nos presenta El derecho indígena entre derecho constitucional y derecho interamericano. Venezuela y Awas Tingni, artículo en el que analiza la posición respecto al derecho indígena por parte del derecho constitucional y el internacional, desde una perspectiva histórica y el caso de Venezuela. Cierra el número con el trabajo conjunto de Anthony P. Ewing y Elliot J. Schrage, abogados de la Universidad de Columbia (Nueva York), quienes exploran el tema de los derechos humanos desde el sector empresarial, con el ejemplo del sector cafetalero.

Agradecemos a la autora y los autores por sus interesantes aportes y perspectivas, dejando abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Doctrina

Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*

Humberto Henderson*

Introducción

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

Estas líneas solo proponen unas respuestas a este significativo tema que se encuentra en un lento pero constante avance en los tribunales internos. Es importante advertir que sólo en la última década, las universidades y las escuelas de derecho están abordando de un modo mucho más sistemático la cuestión de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. Poco a poco se está reconociendo la autonomía científica de este derecho, como una disciplina específica, y más lentamente, como parte obligatoria del currículum. Por su parte, los poderes judiciales de Latinoamérica¹ no aceptan con facilidad la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, aunque también aquí se han alcanzado modestos avances en algunos países².

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

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

2 Entre los factores que han ayudado para alcanzar algunos modestos avances, se

El autor está consciente de que este breve ensayo intenta abordar uno de los temas que por su particularidad, inmediatamente convoca a la polémica y a la discusión jurídica y política de defensores de derechos humanos, abogados, jueces, fiscales y otros operadores jurídicos en el seno de los Estados. Asimismo, conviene advertir que este breve trabajo no aborda ni se acerca al estudio específico de los tratados internacionales, las teorías tradicionales sobre las fuentes del derecho, su jerarquía, ni a la teoría general de las escuelas y los métodos de la aplicación e interpretación del derecho interno e internacional.

Finalmente, es importante señalar que este ensayo se refiere a la incorporación, interpretación y aplicación de tratados internacionales de derechos humanos, cualquiera que sea la denominación dada, pero no se adentra en el estudio de otras fuentes tales como la costumbre internacional³, ni las decisiones judiciales de tribunales internacionales, que también podrían incorporarse en los ordenamientos internos de los países⁴.

encuentran las reformas que se ha intentando implantar en América Latina, encaminadas a lograr la independencia judicial, tan necesaria cuando un juez o un tribunal debe resolver una violación de los derechos humanos con responsabilidad de otros agentes del Estado. Recientemente, expertos en la materia han analizado algunos de estas transformaciones ocurridas en países de América Latina, orientadas a lograr la independencia judicial de otros poderes públicos; entre ellas se encuentran cambios en el sistema de selección judicial, establecimiento de la carrera judicial, autonomía presupuestaria, establecimiento de consejos de la magistratura, mecanismos de evaluación judicial, objetivos, creación de escuelas judiciales, participación de la sociedad civil, aumento de salario de los jueces y magistrados, creación de cortes y salas constitucionales, inamovilidad en el cargo de los jueces, etc. Popkin, Margaret, "Fortalecer la independencia judicial", en *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Luis Pasara (compilador), Lima, Consorcio Justicia Viva, 2004, págs. 409-445. Pasara, Luis, "Lecciones ¿aprendidas o por aprender?", en *En busca de una justicia...*, págs. 515-529.

- 3 Puede verse un excelente estudio sobre la costumbre internacional y su incorporación en los ordenamientos internos, así como un cuidadoso análisis del artículo 38 (I) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en: Robertson, Geoffrey, *Crimes Against Humanity*, London, Allen Lane The Penguin Press, 1999, págs. 77-84.
- 4 Un estudio sobre las relaciones (supervisión, control, incorporación, subsidiariedad, etc.) entre los tribunales latinoamericanos y los órganos de supervisión interamericanos puede verse en: Dulitzky, Ariel, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: Un estudio comparado", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, págs. 33-74. Bedjaoui, Mohammed, "The reception by National Courts of Decisions of International Tribunals", en *International Law Decisions in National Court*, Thomas M. Frank y Gregory H. Fox (eds.), New York, Transnational Publishers, Inc., 1996, pág. 22, citado por Dulitzky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...", págs. 33-74.

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

Como es sabido, al hablar de la incorporación de los instrumentos internacionales en general y de los tratados de derechos humanos en particular, debe analizarse si el Estado en cuestión ha adoptado una posición dualista o monista respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno⁵.

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

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

Asimismo, y en sentido análogo, se ha expresado que el estatus de los tratados en el ordenamiento interno está determinado por dos técnicas constitucionales diferentes, que corresponden a los sistemas enunciados anteriormente, la de la **incorporación legislativa** y la de la **incorporación automática**. Algunos países requieren que, además de la ratificación, exista otro acto legislativo que “cree” la norma en el orden nacional nuevamente, y distinguen dicho acto

5 Casi todos los tratadistas de derecho internacional público se refieren a estas teorías, y hacen un análisis metodológico de autores clásicos como Triepel, Anzilotti, Kelsen, Scelle, Kunz, etc. Entre los mexicanos puede verse en Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 23ra. ed., México, Editorial Porrúa, 2002, págs. 67-76; Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 21ra. ed., México, Editorial Porrúa, 2004, págs. 41-43. Entre los autores de obras sobre derechos humanos que citan casos concretos, se encuentran Steiner, Henry J. y Philip Alston, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, 2da. ed., Great Britain, Oxford University Press, 2000, págs. 1004-1005.

legislativo con el de la ratificación. Esta es la técnica seguida por el Reino Unido, los países del Commonwealth y los países escandinavos. Otros Estados adoptan la incorporación automática de los tratados en el orden interno, en virtud del mero acto de ratificación, tales como Francia, Suiza, Países Bajos, Estados Unidos, algunos países africanos y asiáticos, y, como se verá más adelante, la amplia mayoría de los de América Latina⁶.

El hecho de que un determinado Estado se regule por un sistema dualista o monista no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico interno, el que finalmente adopta una opción por uno u otro sistema.

En la actualidad, la mayoría de las constituciones latinoamericanas han adoptado la posición monista⁷ con leves oscilaciones que van desde la regulación expresa hasta el más absoluto silencio. Como se verá más adelante, la mayoría de las constituciones nacionales de las Américas, disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional, forma **parte del derecho del Estado**⁸.

Del mismo modo, cuando las constituciones no hacen referencias expresas, es la doctrina y la jurisprudencia nacional la que entiende

6 Steiner y Alston, *International Human Rights in Context...*, pág. 1000.

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

8 Desde hace tiempo, tribunales de muchos países como Inglaterra y los Estados Unidos, han alcanzado los mayores avances jurisprudenciales reconociendo como regla internacional que “*international law is a part of the law of the land*”, es decir, que el derecho internacional es parte del derecho del país. En los Estados Unidos, se debe al famoso juez de la Suprema Corte, J.C. Marshall, la presencia del mismo principio, “*international law is a part of the law of the land*”, en varios asuntos importantes que vinieron a la jurisdicción de ese tribunal. Sepúlveda, *Derecho internacional...*, págs. 69-71.

y acepta la incorporación automática de los instrumentos internacionales dentro del elenco de normas en el ordenamiento jurídico interno. Lo que resulta insoslayable es que, a diferencia del derecho internacional público clásico, el derecho internacional de los derechos humanos no rige exclusivamente la relación entre los Estados, sino **dentro de los Estados**.

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

Jerarquía de los instrumentos incorporados dentro del ordenamiento jurídico interno

El tema de la jerarquía con la que se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos tampoco es resuelto por lo dispuesto en el derecho internacional, sino que, una vez más, son las propias constituciones nacionales las que indefectiblemente definen de qué modo ingresan aquellos en el ordenamiento jurídico interno. Huelga decir que la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es un factor de extrema importancia en el momento de solicitar la aplicación de ese derecho ante los tribunales domésticos y para que estos puedan interpretarlo y aplicarlo debidamente.

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

Siguiendo los lineamientos expuestos por varios juristas reconocidos y diversos estudios sobre este tema⁹, se puede afirmar que las constituciones nacionales de los países americanos incorporan y jerarquizan los instrumentos internacionales de cuatro maneras diferentes: derecho internacional de los derechos humanos que puede modificar la Constitución (supraconstitucional); derecho internacional de los derechos humanos equiparado a la Constitución (constitucional); derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes nacionales (supralegal); y derecho internacional de los derechos humanos equiparado a las leyes nacionales (legal). A continuación se propone un breve análisis de cada uno de estos sistemas, considerando las más recientes reformas constitucionales en algunos países de América Latina.

1. Supraconstitucional

En estos sistemas, los tratados internacionales de derechos humanos prevalecen por encima de la constitución nacional, debido a que son los propios textos constitucionales los que disponen tal solución. Esto hace que los tratados rijan aun oponiéndose a la propia Constitución. Este modelo es seguido, entre otras, por la Constitución de Guatemala, la de Honduras y también parece ser la línea adoptada por la nueva Constitución de Venezuela.

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

Los artículos 16,17 y 18 de la Constitución de Honduras de 1982 establecen que los tratados contrarios a la Constitución exigen su

9 Puede consultarse Rodríguez, Diego, Claudia Martín y Tomás Ojeda Quintana, “La dimensión internacional de los derechos humanos”, en *Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo y American University, 1999, págs. 87-97; Sagues, Néstor Pedro, “Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno”, en *Retos a la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos -CNDDHH-, 1993, págs. 87-95; *Guía sobre la aplicación del derecho internacional...*, págs. 33-42. Un excelente trabajo acerca del constitucionalismo latinoamericano frente al derecho internacional de los derechos humanos, con un metodológico análisis del tipo de cláusulas constitucionales latinoamericanas relativas a los derechos humanos, puede encontrarse en: Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos...”, págs. 33-74.

aprobación por el procedimiento de reforma constitucional. El artículo 16 dispone que forman parte del derecho interno. El artículo 17 determina que cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo. Por su parte, el artículo 18 expresa que en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

El artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, sin embargo, también parece establecer la supraconstitucionalidad¹⁰ al instaurar que “prevalecen en el ordenamiento interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las instituidas por esta Constitución [...]”.

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

2. Constitucional

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

El artículo 75 (22) de la Constitución argentina de 1994, consagra que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, y los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos enumera-

¹⁰ Importantes defensores de derechos humanos lo han expresado refiriéndose a los tratados: “[...] todos aquellos debidamente suscritos forman parte de la legislación interna, conforme a lo establecido en el artículo 23; incluso prevalecen sobre la Constitución en razón del principio de progresividad”. Correa, Carlos, “Democracia, libertad de expresión y procesos electorales”, en *Prensa y elecciones. Experiencias de América Latina*, Caracas, Instituto Prensa y Sociedad, 2004, pág. 126.

dos expresamente, tienen jerarquía constitucional. Incluso, la Constitución prevé de qué modo deben sancionarse los nuevos tratados de derechos humanos en el futuro, a efectos de que revistan la jerarquía constitucional¹¹.

Los artículos 4 y 5 de la Constitución brasileña de 1988 recogen los tratados internacionales de derechos humanos como elenco de derechos constitucionalmente protegidos. El artículo 4 establece “A Republica Federativa do Brasil rege-se nas suas relacoes internacionais pelos seguintes princípios: II. Prevalencia dos direitos humanos” Por su parte, el artículo 5.2 consagra: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a Republica Federativa do Brasil seja parte”. Prestigiosos autores¹² consideran que la Constitución confiere naturaleza constitucional y que por otra parte, son inmediatamente exigibles en el orden jurídico interno, sin depender de un acto adicional del Poder Legislativo, como sucede con otros tratados que no se refieren a la protección de los derechos humanos.

11 Artículo 75. Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Constitución de la República Argentina del 22 de agosto de 1994.

12 Caçado Trindade, Antônio Augusto, “Direito internacional e direito interno: Sua interação dos direitos humanos”, San José, Costa Rica, 1996. <http://www.dhnet.org.br/direitos>. Versión revisada el 19 de julio de 2004. Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pág.111. Flain dos Santos, Vanessa, “Tratados de direitos humanos e direito interno”, en revista *Âmbito Jurídico*, 2002. De Oliveira Massuoli, Valério, “Direitos humanos e relações internacionais: status do tratado internacional na ordem jurídica interna”, en *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, vol. 21, 2001, pág. 61.

El artículo 55 de la Constitución de Perú de 1993 establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional” y a pesar de que la redacción dada por la nueva Constitución es “peor” que la dada por la Constitución de 1979, la doctrina peruana entiende que los tratados sobre derechos humanos mantienen la jerarquía constitucional e, incluso, hasta podrían tener jerarquía supraconstitucional¹³.

Los efectos de esta equiparación constitucional se producirían en caso de que no exista oposición; cabe resolver si la constitución debe interpretarse con criterios nacionales o internacionales. Si existieran ciertas oposiciones menores, podría compatibilizarse con el principio *pro homine*, cada vez más aceptado. Igual solución se daría en caso de que debiera cotejarse o armonizarse un tratado de derechos humanos con otro tratado “constitucionalizado” de derechos humanos.

En el orden práctico, la cuestión más importante sería que se diera una oposición entre un tratado de derechos humanos con rango constitucional y una ley nacional. En ese caso, la ley nacional que se oponga al tratado resultaría inválida. Respecto a la armonización, la ley debe ser interpretada normativa e ideológicamente conforme al tratado internacional de derechos humanos. Todo esto hace que la ley deba pensarse, interpretarse y aplicarse con la filosofía jurídico-política del tratado de derechos humanos.

3. Supralegal

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

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

Los artículos 163 y 274 de la Constitución de Ecuador de 1998 establecen que los tratados internacionales “forman parte del

13 Bazan Chacón, Iván, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos”, en *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2004.

ordenamiento jurídico y prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía”. Asimismo, el artículo 18 de la Constitución instituye que los derechos y las garantías determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

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

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

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

Los efectos del carácter supralegal de los tratados de derechos humanos serían los siguientes:

- Un tratado podría ser reputado inconstitucional, en caso de oponerse a la constitución nacional.
- Los tratados deben interpretarse de conformidad con las reglas constitucionales.
- La ley nacional no puede derogar o modificar un tratado ratificado; aun siendo posterior, adolecería de inmediata invalidez, dada la jerarquía prevalente del tratado. De aceptarse el principio *pro homine*, una ley posterior, aun con una jerarquía inferior a un tratado, se puede aplicar con prevalencia, en tanto establezca o consagre protecciones más favorables a las personas que las consignadas en el tratado internacional. Esta ley posterior

más favorable, no deroga formalmente al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, independientemente de su jerarquía inferior. Como se verá más adelante, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo.

- La ley nacional debe interpretarse de acuerdo con los tratados de derechos humanos ratificados. Debe existir armonización entre la ley y las líneas ideológicas y normativas del tratado.

4. Legal

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

El artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos dispone que “todos los tratados, así como la Constitución y las leyes, serán ley suprema del país”. La jurisprudencia la equipara a las leyes federales, por lo que una ley federal posterior, contraria a un tratado internacional de derechos humanos ratificado, podría hacer inaplicable o inválido al tratado anterior. En general, los jueces norteamericanos tienden a conciliar los contenidos de los tratados de derechos humanos y las leyes federales internas¹⁴.

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

El artículo 133 de la Constitución de México, establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Este artículo parece tener una redacción algo similar a la de los Estados Unidos,

14 Sobre el sistema de tratados de derechos humanos en los Estados Unidos, los efectos de su ratificación, los efectos de la reserva con varios casos concretos, ver Steiner y Alston, *International Human Rights in Context...*, págs. 1022-1078.

no obstante, una interpretación relativamente reciente la colocaría en el grupo de países que ubican a los tratados internacionales por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, de noviembre de 1999 (tesis P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación, t. X) interpreta que en virtud del artículo 133 de la Constitución, los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima de la ley federal y local. Para la SCJN, sólo la Constitución es la Ley Suprema a la que hace referencia el artículo 133. La SCJN abandonó la tesis que había sustentado desde 1992 (Tesis P. C/92 de diciembre de 1992), de la equiparación entre los tratados y las leyes federales¹⁵.

Las consecuencias de la modalidad de equiparación legal serían las siguientes:

- El tratado internacional de derechos humanos se encuentra por debajo de la Constitución, y debe interpretarse de acuerdo con esta.
- Un tratado posterior derogaría a una ley anterior, excepto que la ley sea más protectora, en cuyo caso debería seguir siendo aplicada. Al igual que lo enunciado precedentemente, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo. En cambio, si la ley es menos protectora, se aplicaría directamente el tratado internacional más favorable.
- Una ley posterior podría pretender derogar el tratado de derechos humanos anterior en caso de que se opongan. En el caso de que la ley posterior reduzca los niveles de protección consagrados en el tratado internacional, y este no fuera aplicado en virtud de la posterioridad de la ley, el Estado estaría haciéndose responsable internacionalmente por ello. Una decisión legislativa interna que hiciera inaplicable un tratado, requeriría de una denuncia internacional del tratado, a efectos de evitar cualquier responsabilidad internacional. En caso de que esta ley posterior sea más favorable, formalmente no deroga al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, en cuyo

15 Sobre la incorporación del derecho internacional en México, puede verse Barrena, Guadalupe y Carlos Montemayor, "Incorporación del derecho internacional en la Constitución Mexicana", en *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. También en este trabajo se puede encontrar un análisis sobre la costumbre internacional y las decisiones de los tribunales internacionales como fuentes a incorporar en el ordenamiento interno mexicano.

caso operan las reglas de la temporalidad y del carácter más protectorio de la ley.

- Los jueces podrían llegar a interpretar los tratados de derechos humanos con un espíritu internacional o nacional.

Operatividad de los instrumentos internacionales incorporados

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

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

Estudiosos de esta materia¹⁶ han indicado que para que una norma sea autoejecutable o *self executing*, se requieren dos condiciones. Primera: que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que comparece ante un juez solicitando su aplicación, para lo cual resulta

16 Jiménez de Arechaga, Eduardo, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 7, San José, Costa Rica, 1988. En el estudio publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se concluye que una norma de origen internacional que haya sido incorporada al orden interno puede ser invocada para exigirse su cumplimiento cuando es autoejecutable, es decir, si: a) establece un derecho de un modo claro y específico; b) contiene los elementos necesarios para que un juez aplique tal derecho al caso concreto, sin necesidad de que una norma secundaria o reglamentaria complete la primera, a los efectos de que pueda ser aplicada y resulte garantizado el derecho internacionalmente reconocido. Ver, entre diversos trabajos, *Guía sobre la aplicación del derecho internacional en la...*, pág. 50. Sobre este tema también puede verse Sepúlveda, César, "La autoridad de los tratados internacionales en el derecho interno", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n. 45, III, México, 1962, págs. 511-519. Sobre el carácter autoejecutable de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, puede consultarse Cançado Trindade, "Direito internacional e direito...", así como "La dimensión internacional de los derechos humanos", en *Guía para la aplicación...*, págs. 99-101.

extremadamente importante la forma de redacción de la norma en cuestión. Segunda: que la regla sea lo suficientemente específica como para ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución se subordine a un acto legislativo o administrativo subsiguiente.

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

También se ha hablado de una presunción de autoejecutabilidad en algunos casos¹⁷. Asimismo, se ha considerado que cuando pasa el tiempo sin que el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo soliciten o sancionen una ley, bien podría ser considerada por un juez como autoejecutable o de no entenderlo así, como un incumplimiento estatal con innumerables consecuencias jurídicas¹⁸.

Sin perjuicio del desarrollo teórico del derecho internacional público, es muy importante considerar que en materia de tratados de derechos humanos, los objetivos y las razones difieren de los demás tratados internacionales de otras disciplinas. Los tratados de derechos humanos tienen como objetivo reconocer derechos y libertades fundamentales a favor de los individuos.

El objetivo no es regular las relaciones entre los Estados Partes. El derecho internacional de los derechos humanos “regula las relaciones entre el individuo y el Estado, imponiendo determinadas obligaciones a este último[...]¹⁹.”

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

18 En derecho internacional se reconoce la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial: a) cuando por sí mismos causan un ilícito internacional, cuando aplican mal un tratado o una costumbre internacional, o cuando aplicando el derecho interno lo hacen de manera de violar una norma internacional que se deba cumplir, y b) cuando cometen la figura clásica de “denegación de justicia”. Sepúlveda, *Derecho internacional...*, pág. 242.

19 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, págs. 28-29. Para afirmar este razonamiento, una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de septiembre de 1982 estableció: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad,

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

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

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

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

tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

tación particulares, que inspiran al derecho internacional de los derechos humanos.

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

El artículo 27 sobre el derecho interno y la observancia de los tratados de la mencionada Convención, dispone “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En tanto el artículo 29 sobre el ámbito territorial de los tratados establece “Un tratado será obligatorio por cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una disposición diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Estas son dos reglas básicas, generales y previas que los jueces deben considerar en el momento de la aplicabilidad de un tratado internacional, y que deben tratar de hacer que armonicen con las reglas tradicionales de aplicación e interpretación del derecho.

1. Reglas tradicionales de aplicación e interpretación del derecho

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

En el caso de que haya **conurrencia** de normas de distintas fuentes y que estén simultáneamente vigentes, el juzgador debe aplicar la de mayor jerarquía, por lo que, frente a un caso de “vigencia simultánea” de normas de distinto rango, predomina la que cuenta con mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

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

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

Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 establecen reglas mínimas de interpretación de los tratados internacionales, que en cualquier caso deben ser tenidas en cuenta. En efecto, el artículo 31 establece que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”; y agrega: “Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además, de texto, incluidos su preámbulo y anexos”²⁰.

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

2. Principio *pro homine* en derechos humanos

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

En el ámbito del derecho internacional, el propio artículo 31 de la Convención de Viena²¹, permite fundamentar lo que se ha denominado o puede denominarse el **principio *pro homine***²², cada

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

21 Sobre la interpretación de los tratados de derecho internacional general, de acuerdo con la Convención de Viena, puede verse Vázquez, *Derecho internacional...*, págs. 212-213.

22 Sobre el principio *pro homine*, puede verse Cançado Trindade, “Direito internacional e direito...”; en este ensayo, el prestigioso profesor brasileño lo

vez más aceptado por los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos, incluso reconocido como parte de la lógica y la principiología propias del derecho internacional de los derechos humanos²³. En ese sentido, se ha subrayado que “la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados, en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, debido al objetivo garantista que orienta la materia”²⁴.

En sentido análogo se ha expresado que este principio se puede considerar como “[...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos [...] Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre”²⁵.

En efecto, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Convención de Viena, la interpretación debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado y es aquí donde debe recordarse que los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin, el conferir derechos a los individuos frente al Estado y no regular las relaciones entre los Estados como lo hace el “derecho de gentes”²⁶.

Además de lo establecido en la Convención de Viena, aplicable con carácter general en el derecho internacional, y de lo que dispo-

denomina de la “Primazía da Norma Mais Favorável as Vitimas” y muestra un extenso fundamento en textos internacionales sobre derechos humanos, de carácter universal, americano y europeo. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pág. 163. Rodríguez Rescia, Víctor M., “El sistema internacional de las Naciones Unidas y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: su relación con el derecho interno”, en *I Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos*, ASIES, IDHUSAC, IIJ/URL, PNUD, Guatemala, 2002, págs. 523-525. Bazan Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización...”, págs. 27-28.

23 Piovesan, Flávia, “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, en *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 1 (edición en español), San Pablo, Brasil, Red Universitaria de Derechos Humanos, 2004, pág. 25.

24 Sobre este punto puede verse *Guía sobre la aplicación del derecho internacional...*, pág. 56.

25 Pinto, “El principio *pro homine*. Criterios de...”, pág. 163.

26 En ese sentido, prestigiosos especialistas en derecho internacional público afirman que el derecho internacional moderno ya no se ocupa exclusivamente de las relaciones políticas entre las naciones, sino que también tiende a procurar la justicia social a todos los hombres. Sepúlveda, *Derecho internacional...*, pág. 340.

nen muchas constituciones nacionales²⁷, son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla de interpretación *pro homine*, tanto en el ámbito universal, como en el propio sistema interamericano de estos derechos. Sin pretender presentar una enumeración detallada y exacta de las normas internacionales, y a modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones de algunos de estos instrumentos internacionales de carácter universal:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966), artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18/12/1979), artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado Parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.
- Convención sobre los Derechos del Niño (20/11/1989), artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

27 Las constituciones nacionales desempeñan un papel fundamental para cimentar internamente la aplicación del principio *pro homine*; no obstante, abordar metodológicamente este extremo requeriría de mayor atención, de un extenso análisis particular, que rebasaría los objetivos del presente trabajo. A mero título de ejemplo, en la Constitución de Perú de 1993, se consagra el principio *pro homine* en el mismo artículo 1 que establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”. Bazan Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización...”, pág. 27.

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988), principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Conjunto de principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10/12/1984), artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992), artículo 21: “Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”.

También en el ámbito del sistema interamericano, los instrumentos internacionales de alcance regional, reconocen y consagran el principio de interpretación *pro homine*. A continuación se enuncian algunos.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969), artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (9/06/1994), artículo XV: “Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales y otros acuerdos suscritos entre las partes”.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (7/06/1999), artículo VII: “No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados Partes limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado”.

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

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

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

soporte indispensable y excluyente de todos los otros derechos del ser humano.

Resulta claro que en el ámbito de los derechos humanos no puede regir la regla *in dubio pro reo*, propia del derecho penal, debido a que el responsable directo o indirecto de la violación es un agente del Estado que precisamente está llamado a proteger los derechos de las personas y que por otra parte, y lo que es más delicado aun, puede servirse de todo o parte de la institucionalidad estatal para favorecer su impunidad. Debe señalarse que el principio *pro homine* ha sido aceptado por tribunales domésticos como una regla de hermenéutica para entender los derechos humanos²⁸. Luego de esto, resta analizar cómo desde nuestro punto de vista se manifiesta o de qué modo se puede aplicar esta regla de hermenéutica propia de nuestra disciplina.

3. Formas de aplicación del principio *pro homine*

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

Siguiendo lineamientos análogos derivados de otras disciplinas jurídicas²⁹, e intentando proponer una sistematización metodológica

28 Al igual que ocurre con el análisis del fundamento del principio *pro homine* en las constituciones nacionales, lo que rebasaría el objetivo de este trabajo, resulta de extremo interés hacer una recopilación de los fallos emitidos por los tribunales nacionales de las Américas, en cuanto a la aceptación de los tratados de derechos humanos incorporados en general, y del principio *pro homine* en particular. En el caso de Perú, un reciente fallo del Tribunal Constitucional (29/01/2003) lo recoge expresamente. Bazan Chacón, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización...”, págs. 27-28.

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

que favorezca la aplicación de este principio, se podría consentir que el principio *pro homine* se manifiesta de tres maneras diferentes, o lo que es lo mismo, se traduce en tres reglas que podrían ser denominadas: la aplicación de la norma más protectora, la conservación de la norma más favorable y la interpretación con sentido tutelar.

a) Aplicación de la norma más protectora

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

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

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

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

Es importante subrayar que aquí no está en juego un problema de derogación como abrogación, sino de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango. Todo ello, sin

perjuicio de los tradicionales problemas técnicos³⁰ que apareja calificar una norma como más protectora de los derechos humanos, en el momento de compararla con otra.

Esta aplicación del principio puede verse, entre otras, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

b) Conservación de la norma más favorable

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

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

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

Esta regla puede provocar algunas dificultades adicionales, en caso de que se considere la vigencia sucesiva de dos normas de derecho interno, como por ejemplo, dos leyes de igual rango.

30 Los criterios de comparación que puede utilizar el intérprete en el momento de aplicar el derecho son: a) la comparación global entre normas, donde se dé preferencia, en bloque, a la que en conjunto resulta más favorable; b) la selección de los artículos o disposiciones más favorables que contiene cada una de las normas a comparar; c) la comparación parcial entre grupos homogéneos de materias de una y otras normas.

Aquí el juez nacional se encontrará con diferentes problemas de hermenéutica, pero atendiendo a lo que dispongan las normas nacionales, debería hacer el máximo esfuerzo para hacer armonizar estas leyes con el fin de no desmejorar las protecciones de los derechos humanos. En cualquier caso, esta última hipótesis es algo más difícil que se concrete en sistemas democráticos y de pleno respeto del Estado de Derecho.

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

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

c) Interpretación con sentido tutelar

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

En este caso, el juez debería adoptar la interpretación que mejor tutele al individuo o a la víctima, siempre que ello no lleve a una aplicación contraria a la voluntad expresa del legislador o del órgano creador de esa norma internacional. Esta regla o manifestación del principio *pro homine*, que se insiste, no refiere a la comparación de

diferentes normas posiblemente aplicables, es de utilidad en el momento de buscar el significado de un precepto ambiguo de una determinada norma y darle el alcance que mejor tutele al ser humano.

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

d) Un ejercicio de aplicación práctica

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

Existe una ley y posteriormente el Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos.

En caso de que ese tratado contenga disposiciones más protectoras que la ley, debe ser aplicado en virtud de las reglas tradicionales de la temporalidad y jerarquía, lo que también podría ser complementado con la regla de la norma más protectora del principio *pro homine*.

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

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

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

En caso de que el segundo tratado contenga disposiciones menos protectoras y sea posterior en el tiempo, debe aplicarse la regla de la conservación de la norma más favorable del principio *pro homine*, esto es, el primer tratado internacional de derechos humanos. Al igual que en el caso anterior, los propios tratados de derechos humanos aceptan expresamente esta regla, modificándose de este modo, la regla tradicional de la temporalidad.

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

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

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

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

Aproximación a algunas conclusiones

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

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

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

Indudablemente, seguir insistiendo en este tema, a primera instancia muy teórico, es uno de los tantos retos en el que no debe existir descanso, sobre todo en momentos coyunturales tan adversos, momentos en que los expertos insisten en la necesidad de “acompañar la denuncia con la disposición al diálogo” y con la elaboración de propuestas concretas y razonables, además de constituirse en formadores de opinión con un mensaje “ético y programático” a la vez³¹.

Aun reconociendo dificultades, ese parece ser el único rumbo posible; buscar consensos, alianzas y compromisos estratégicos con jueces, fiscales, defensores y en general con autoridades gubernamentales. Las experiencias de abogados defensores de derechos humanos que actúan como “querellantes adhesivos”, “coadyuvantes”, involucrados en las investigaciones, en la proposición de los argumentos jurídicos, en los medios probatorios y, sobre todo, que cumplen un rol estratégico desde adentro del procedimiento judicial, permite exigir desde el inicio y durante todo el procedimiento, la aplicación armónica y efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho nacional.

31 Méndez, Juan E. y Javier Mariezcurrena, “Las perspectivas para el trabajo en derechos humanos a partir del 11 de setiembre de 2001”, en *Grupos de reflexión regional. Temas de derechos humanos en debate*, coordinador de contenidos José Zalaquett, Lima, Instituto de Defensa Legal, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, págs. 299-308.