

Conferencia magistral

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS, LA TENDENCIA INTERNACIONAL Y LA EXPERIENCIA ARGENTINA

PABLO LUIS MANILI

Doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires, institución donde es profesor de Derecho Constitucional en el área de posgrado. Especialista en derecho constitucional, con estudios de posgrado en Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, España y Costa Rica. Ha sido profesor invitado de numerosas universidades dentro y fuera de su país. Es miembro del comité académico del doctorado de la Universidad Argentina John F. Kennedy y asesor de la Cámara de Diputados de Argentina. Autor de 17 libros, entre individuales y colectivos, y de más de un centenar de artículos sobre derecho público y constitucional. Entre sus libros están *El bloque de constitucionalidad*, *Derecho procesal constitucional* y *Evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*.

He orientado mi charla como un planteamiento general del tema y, a la vez, un disparador de ideas que luego se desarrollarán en los paneles que habrá a lo largo de este seminario. He pensado que lo más útil sería hacer un repaso de cómo se ha tratado el tema en el derecho constitucional comparado, es decir, qué han hecho las constituciones de otros países para darle recepción al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Haré énfasis en las constituciones de Iberoamérica para guiarnos por ejemplos más cercanos a nuestras tradiciones jurídicas. El análisis más extenso lo dedicaré al campo normativo y al campo jurisprudencial, es decir, qué es lo que dice cada consti-

tución y cómo lo ha interpretado la jurisprudencia de cada país. Obviamente esto se relaciona directamente con el caso mexicano, donde la reforma constitucional se da en junio de 2011, y, tal vez, lo que falta desarrollar ahora es la interpretación jurisprudencial de esa reforma. En cada caso me referiré tanto a la parte normativa –lo que la constitución dice– como a la parte jurisprudencial –cómo la interpretan los máximos tribunales de cada país–.

El DIDH nace en 1945. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial comenzó la preocupación de la comunidad internacional por crear normas más allá de las fronteras de los Estados para contener los abusos que los gobiernos hacían de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.

La triste comprobación de que las constituciones no alcanzaron para contener los avances del nazismo y el fascismo, sirvió para que la comunidad internacional tomara conciencia de la necesidad de crear normas más allá de las fronteras, y que se ocupasen de lo mismo que se ocupaban las normas constitucionales, es decir, de los derechos de las personas.

Así, a partir de 1945 se desarrolla el DIDH, y en 1976 comienza una nueva etapa en la materia, que corresponde a la recepción del DIDH por parte de las constituciones. Es decir, entre 1945 y 1976 existieron dos realidades paralelas, el derecho constitucional y el DIDH, como dos andariveles o dos nadadores que van cada uno en su carril y no se juntan. A partir de 1976 empezaron a juntarse ambos derechos y ése es el fenómeno que vamos a estudiar hoy.

Esta nueva fase comienza en 1976, con la Constitución portuguesa. En el Estado portugués se sanciona una nueva Constitución, que contiene una norma –la primera en su tipo de la que tenemos conocimiento– que se refiere desde la carta magna a los tratados de derechos humanos: “Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”. Éste es el puntapié inicial, el primer escalón que un país puede introducir en su constitución en referencia a los derechos humanos.

¿Por qué digo un primer escalón? Porque es lo menos que se puede hacer: referir los derechos humanos como pauta interpretativa de las normas constitucionales. Es algo bastante liviano. Los tratados de derechos humanos constituyen una pauta interpretativa de las normas constitucionales, y nada más que eso.

España lo adopta dos años después, y copia la fórmula portuguesa en su Constitución de 1978 cuyo artículo 10 expresa: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad

con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La frase *los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce* cobra relevancia porque se trata sólo de los derechos que la Constitución reconoce, no otros, los que serán interpretados de acuerdo con los tratados de derechos humanos. Esto surge de las actas de la convención constituyente española; ahí hubo un debate acerca de si abrían o no el sistema jurídico para la incorporación de derechos que no estaban contemplados en la Constitución. El resultado fue que no. El sistema español se muestra bastante mezquino porque dice que sólo los derechos que están en la Constitución serán interpretados de acuerdo con el derecho internacional. Seguimos aún en el primer escalón: los derechos humanos como pauta interpretativa de los derechos consagrados en la constitución.

En este sentido también hay que mencionar a la Constitución peruana de 1993. Lamentablemente esta Constitución derogó la Constitución de 1979, a la que después me voy a referir y que era muy interesante en materia de derechos humanos; Sin embargo, la de 1993, la de Alberto Fujimori, copió la fórmula española y, encima, la copió en una cláusula transitoria, lo cual es bastante criticable porque los derechos humanos no son una cuestión transitoria.

Así, en su Constitución de 1993, Perú se adhiere a la fórmula de considerar a los tratados de derechos humanos solamente como una pauta interpretativa. Lo que resulta interesante de la jurisprudencia española y la peruana, pasando al ámbito jurisprudencial, es que pesar de que esas fórmulas son bastante escuetas, débiles, la doctrina peruana y la jurisprudencia española han construido conceptos muy interesantes.

El Tribunal Constitucional de España ha elaborado la doctrina de la interpretación conforme, es decir, todos los derechos de la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos, pero también con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. El avance que el Tribunal Constitucional de España logró de esta manera fue acoger no sólo la norma internacional, sino también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la interpreta. Con esto se han enriquecido mucho los derechos contemplados en la Constitución española mediante la incorporación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Con el concepto de interpretación conforme, la jurisprudencia española elaboró otro concepto muy interesante: el Estado internacionalmente limitado. A pesar de que la Constitución dice que sus derechos sólo se interpretan de conformidad con los tratados, el Tribunal Constitucional introdujo el concepto de avanzada de Estado

internacionalmente limitado. Éste es el mundo que nos toca vivir hoy, lo tenemos que decir con todas sus letras: los Estados ya no tienen una soberanía absoluta y menos en materia de derechos humanos.

Tenemos que despojarnos del chovinismo, de esa cosa conservadora, cerrada, de esas fronteras tan duras. Los Estados están internacionalmente limitados. Hoy en día el Estado no puede hacer cualquier cosa en materia de derechos humanos; debe respetar ciertos parámetros mínimos que provienen del DIDH.

En el caso peruano, la jurisprudencia y la doctrina que interpretan la débil norma constitucional han ido muy lejos y hecho muchos esfuerzos para enriquecer lo poco que ésta dice y se han centrado en el principio de dignidad humana que está en la Constitución peruana. Con el desarrollo del principio de la dignidad humana y la aplicación de principios propios del DIDH, ha habido autores que han afirmado que los tratados de derechos humanos en Perú tienen carácter constitucional. Algunos autores –como César Landa, miembro del Tribunal Constitucional del Perú– han afirmado también que existe un bloque de constitucionalidad en Perú. Este concepto del bloque lo dejo, por ahora, en la nebulosa, luego lo desarrollaremos. Sólo quiero dejar sentado de momento que aun con una fórmula constitucional bastante débil que habla únicamente de interpretación conforme, ha habido autores que se animaron a hablar de bloque de constitucionalidad.

Ahora vamos a pasar a un segundo escalón; es decir, a una fórmula constitucional un poco más vehemente, más rica, más fuerte, en la recepción del DIDH. Este segundo escalón lo he denominado la utilización del DIDH como fuente colateral de derechos.

En el primer escalón hablábamos de interpretar los derechos humanos de acuerdo con los tratados; en este segundo escalón veremos que los derechos humanos provenientes de los tratados internacionales van a entrar al sistema constitucional para completarlo; los tratados se convierten en una fuente colateral de derechos. Éste es el caso de la Constitución mexicana desde la reforma del 2011. En el artículo 1º constitucional, México incorporó tanto la pauta de fuente colateral, en el primer párrafo, como la pauta de interpretación conforme, en el segundo.

En la reforma del 2011 México siguió, entre otros, el ejemplo de Chile, cuya Constitución ya contenía este reconocimiento desde la reforma de 1989. En su artículo 5º la Constitución chilena señala: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Otro país que adoptó este modelo es Paraguay. En su Constitución de 1992 habla de la existencia de un orden jurídico supranacional que garantiza los derechos huma-

nos; y tanto la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay como la doctrina incluyen a la nación en este modelo de recepción, es decir, Paraguay ha reconocido que la doctrina y la jurisprudencia de los tratados de derechos humanos son fuente colateral de derechos en su sistema judicial.

La Constitución de Nicaragua de 1987 también se enrola en esta fórmula. La novedad de la Constitución nicaragüense radica en que enumeró una serie de tratados. En su artículo 46 se indica que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos o Pacto de San José son fuente de derechos en el derecho interno, y que toda persona tiene derecho a la protección estatal de los derechos consagrados en todos esos instrumentos.

Vamos a un tercer escalón. Algunos países han adoptado otra fórmula para integrarse al DIDH, la cual consiste es otorgarle a los tratados de derechos humanos una jerarquía supralegal pero infraconstitucional; es decir, el tratado no es una pauta interpretativa ni una fuente colateral, sino que se le reconoce expresamente en el texto constitucional una determinada jerarquía en la pirámide jurídica interna, y esa jerarquía es supralegal pero infraconstitucional. La Constitución de Guatemala de 1985, se enrola en esta postura y su artículo 46 expresa lo siguiente: “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”. Resulta particularmente interesante esta frase: *tienen preeminencia sobre el derecho interno*. Lo primero que puede preguntarse es: ¿sobre todo el derecho interno, incluida la Constitución, o sólo sobre el derecho infraconstitucional? Con esto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala tenía a mano una herramienta muy fuerte para decidir si los tratados invocados tenían jerarquía sobre la Constitución o solamente sobre las leyes. Lamentablemente, la Corte de Constitucionalidad, en una sentencia de 1996, optó por la más tenue y dijo: “Los tratados y convenciones de derechos humanos son fuente de derechos, pero en caso de un eventual conflicto entre normas ordinarias y tratados, los tratados no son parámetros de constitucionalidad”.

Llama la atención cómo una fórmula constitucional bien redactada en la que los tratados de derechos humanos adquirieron preeminencia sobre el derecho interno, fue totalmente anulada por una interpretación jurisprudencial mezquina, porque no sólo puso los tratados de derechos humanos por debajo de la Constitución, sino que además no les reconoce el carácter de pauta para ejercer el control de constituciona-

lidad. ¿Para qué otorgarles jerarquía si en uso de esa jerarquía no se puede inaplicar o anular una ley? Pasan a igualdad de rango con las leyes. ¿Cuál es el sentido? Una ley posterior podrá entonces derogar un tratado de derechos humanos porque éste es anterior. En el caso de Guatemala se muestra claramente lo importante que resulta la interpretación jurisprudencial de las reformas constitucionales, porque una fórmula sana y avanzada de la Constitución guatemalteca se ve frustrada por una interpretación anticuada por parte de la Corte de Constitucionalidad.

Pasemos a un cuarto escalón, a un cuarto modelo de recepción del DIDH, que consiste en asignarle a los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional, pero subordinada al principio *pro homine* o pro persona. En los sistemas que vamos a estudiar a continuación los tratados tienen expresamente asignada una jerarquía constitucional, pero siempre y cuando cumplan con la pauta establecida por el principio *pro homine*. Me voy a referir a Venezuela, Ecuador y Bolivia.

La Constitución venezolana de 1999 establece en su artículo 23:

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

En el término *más favorable* está el principio *pro homine*. ¿Qué significa esto? Según la Constitución de Venezuela, en la medida en que un tratado de derechos humanos contenga normas más benéficas para la protección de un derecho –por ejemplo la libertad de expresión, el derecho a la intimidad–, éstas prevalecerán en el orden interno, es decir, tendrán la misma jerarquía que la Constitución. Por el contrario, no tendrán esa jerarquía las normas de los tratados que no brinden la protección más favorable a la persona. Se otorga una jerarquía constitucional a aquellas normas de un tratado que den más amplia protección que la norma constitucional. Hasta ahí todo bien.

Pero ¿qué pasa con la jurisprudencia? En Venezuela, el control de constitucionalidad lo ejerce la Sala Constitucional adscrita al Tribunal Supremo de Justicia. Es un sistema concentrado de control de constitucionalidad, pero que está dentro de una tradicional corte suprema. Esa Sala Constitucional, en una sentencia del año 2000 –un año después de la reforma–, dijo en tono admonitorio: “... en Venezuela ya muchos están creyendo [...] que hay una supraconstitucionalidad. [...] No hay tal: la Sala Constitucio-

nal ha decidido que esos tratados son aplicables por mandato de la Constitución. [...] No puede ser supraconstitucional, sino constitucional, porque la misma Constitución lo ordena cuando haya principios más favorables”. Remata: “... pero en caso de que haya un antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, primar la Constitución...”. Es un caso similar al visto en Guatemala: la interpretación de la Sala Constitucional destruye la norma del texto constitucional.

La Constitución venezolana decía que en la medida en que el pacto dé una protección más amplia tendría la misma jerarquía que la Constitución; y como se va a preferir la protección más amplia, en realidad la norma del tratado iba a estar por encima de la Constitución. Pero la Sala Constitucional dijo lo contrario: en caso de divergencia, primará la Constitución. Así está Venezuela frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuestionada permanentemente y al borde de retirarse de él.

En este mismo escalón habíamos incluido la Constitución de la República del Ecuador. La Constitución ecuatoriana expedida en el 2008 tiene un larguísimo capítulo dedicado a los derechos humanos, donde se ha incluido un buen número de principios que no son necesarios porque ya existen en el DIDH. Cuando el constituyente trata esta materia, tiene que cuidar de no incurrir en reiteraciones; si se le va a dar preeminencia a los tratados de derechos humanos o el carácter de fuente colateral, no hace falta que en la Constitución se repitan los principios que ya se incluyen en esos tratados.

Por ejemplo, en Ecuador se aplica la fórmula de fuente colateral, como en los casos de Paraguay, Chile y México. Se habla de la aplicación directa e inmediata de los tratados de derechos humanos, lo cual ya está en estos últimos, por lo que no tiene mucho sentido incluirlo en el texto constitucional. Se habla también de la obligación que tiene el Estado de adecuar su derecho interno a los tratados de derechos humanos, lo cual también es redundante, pues los tratados ya contienen esa obligación, por ejemplo, en el artículo 2 del Pacto de San José.

Enseguida tenemos la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos subordinada al principio *pro homine*, que caracterizamos como el cuarto escalón. El artículo 424 de la Constitución del Ecuador dice: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder político”. Ecuador acoge, por lo tanto, esta postura que ya habíamos estudiado en Venezuela. Sin embargo, no se ha producido hasta el momento, que yo sepa, jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional de Ecuador que interprete la norma; entonces, todavía estamos en la etapa normativa y no tenemos la capa de jurisprudencia que siempre recubre a las normas.

Otro aspecto interesante que agrega la Constitución del Ecuador es que esa aplicación de los tratados de derechos humanos se puede hacer de oficio y que los jueces deben ejercer el control de convencionalidad. Ambos puntos son interesantes, pero también podrían considerarse superfluos porque ya existen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El tema de control de convencionalidad, ya referido por quienes me antecedieron en el uso de la palabra, si bien no está expresamente contemplado en el Pacto de San José, ha sido tratado por la Corte IDH en su sentencia desde del 2006 sobre el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, y de ahí lo ha repetido en todas las ocasiones en que pudo, incluyendo el caso de *Rosendo Radilla Pacheco contra México*. Voy a detenerme un minuto en el tema del control de convencionalidad, ya que lo menciona la Constitución del Ecuador. Es importantísimo para evitar que las causas avancen con aplicación de normas que violan los pactos de derechos humanos. Aquellos sistemas en los cuales los jueces de las diferentes instancias no están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, implican, al mismo tiempo, el ejercicio del control de convencionalidad. Aprendamos que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad deben ir de la mano, en caso contrario se frustran mutuamente.

¿Qué ocurre en aquellos sistemas en los cuales los jueces de las instancias inferiores no pueden ejercer el control de convencionalidad o el control de constitucionalidad? Se siguen tramitando causas durante años, hasta llegar a una corte suprema o a un tribunal constitucional, o peor, a la Corte IDH, y se siguen tramitando con la aplicación de normas que violan el pacto suscrito. Con el control de convencionalidad, la Corte IDH quiere –para explicarlo en términos muy sencillos– que la norma que viola el pacto se deje de aplicar desde la primera instancia y no esperar a llegar a la corte suprema o hasta la misma Corte IDH, para decir que esa norma viola el pacto. Esto es el control de convencionalidad, así de fácil.

La Constitución de Bolivia del 2008 también está en este cuarto escalón. En su artículo 256 dice que aquellos tratados “que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. Lo novedoso de la Constitución boliviana radica en que es la primera que habla del bloque de constitucionalidad; su artículo 410 expresa: “El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país”.

Es la primera constitución que introduce la noción de un bloque armónico constituido por la norma constitucional y la norma de derechos humanos. Si bien Bolivia agrega la norma de derecho comunitario, todavía no tenemos derecho comunitario en

Sudamérica; lo que hay es el derecho de la integración que no tiene nada que ver con el derecho comunitario. Éste es el concepto novedoso que introduce la Constitución de Bolivia. Después voy a volver sobre ese tema.

Pasamos al quinto escalón, a otra fórmula de hacer la recepción del DIDH, un poco más robusta que la anterior. Consiste en darle jerarquía constitucional a todo el DIDH, un reconocimiento no subordinado al principio *pro homine*, que vimos en Venezuela, Ecuador y Bolivia, sino la jerarquía constitucional lisa y llana del DIDH. Éste es el caso de Colombia, Argentina y Brasil.

Colombia reformó su Constitución en 1991 e incluyó una norma, el artículo 93, que establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Si se observa, la fórmula es muy parecida a la de Guatemala: los tratados prevalecen en el orden interno. ¿Dónde está la diferencia?: en cómo la interpretó la Corte Constitucional de Colombia (ccc). Repito: una buena reforma constitucional puede quedar frustrada por una mala jurisprudencia. Hay que señalar que en los debates del Constituyente de 1991 muchos propusieron otorgar jerarquía supraconstitucional a todo el DIDH. Sin embargo, se llegó a una fórmula transaccional, que es la que vemos plasmada en el texto de la Constitución, al otorgarle al DIDH la prevalencia en el orden interno.

Pero lo importante es la interpretación que hizo la ccc. En la sentencia número 225 del 18 de mayo de 1995, bajo el título “La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad”, expresó: “La Corte considera que la noción de ‘bloque de constitucionalidad’, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta”, es decir, permite armonizar los principios y mandatos de la Constitución nacional con los provenientes de los tratados de derechos humanos. Y agregó: “... el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes”. Queda bien explicado el concepto de bloque de constitucionalidad: hay normas que están dentro de la Constitución y hay normas que están fuera de ella, pero ambas, por mandato constitucional, sirven para ejercer el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas inferiores, o sea, las leyes, los decretos, las resoluciones, etcétera.

Una fórmula constitucional que habla de prevalencia sirvió para que la ccc definiera el bloque de constitucionalidad.

Argentina también se encuentra en este quinto escalón. La reforma de su Constitución de 1994 –que a mí me gusta llamar la reforma de los derechos humanos, como llaman en México a la reforma del 2011–, establece en el artículo 75, inciso 22, que los 11 instrumentos internacionales de derechos humanos ahí enumerados tienen jerarquía constitucional; así lo dice: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Luego aclara: “... no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” –la primera parte se refiere a los derechos humanos–. Y le agrega la fórmula de fuente colateral: “... deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En Argentina la doctrina mayoritaria interpretó inmediatamente esta reforma: “Tiene jerarquía constitucional”; de modo que el país se había adherido a la doctrina del bloque de constitucionalidad. El decano de los constitucionalistas argentinos, el extinto doctor Germán Bidart Campo, fue el primero que introdujo esta doctrina en nuestro país, y luego fue seguido por todos los profesores y doctrinarios, hasta que en el año 2000 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Cristina González de Delgado y otros contra la Universidad de Córdoba, también se adhirió a la doctrina del bloque de constitucionalidad.

¿Cómo funciona el bloque de constitucionalidad en Argentina? En cada ocasión en que haya que resolver la constitucionalidad de una norma o su interpretación para salvar su constitucionalidad, muchas veces con aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, no hace falta declarar la inconstitucionalidad de la norma inferior, sino que se puede interpretar de modo tal para salvar su validez. Desde el año 2000 en adelante, en todos los casos en que se discute la interpretación o la inconstitucionalidad de una norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplica simultáneamente las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos.

En Argentina hay control difuso de constitucionalidad. Todos los jueces de todas las instancias y de todas las materias o fueros, como se les llama, pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma. Aun un juez de paz perdido en el medio del campo en una provincia puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, por ejemplo, del código civil. En Argentina se ejerce conjuntamente y desde el principio el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Por eso, en aquel país toda la doctrina de control de convencionalidad no tuvo tanta acogida porque ya existía; los jueces ya lo aplicaban. Desde el comienzo de las causas, se van declarando inconstitucionales

las normas que violan la Constitución o los tratados de derechos humanos. La aplicación conjunta es la clave del bloque de constitucionalidad.

Hay que tener en cuenta que las normas de derechos humanos son por lo menos un siglo más jóvenes que las normas constitucionales. Las normas constitucionales que protegen los derechos, generalmente, salvo grandes reformas hechas en algún país, datan del siglo XIX, pertenecen a la época del constitucionalismo clásico, y luego fueron enriquecidas en las primeras décadas del siglo XX con las normas del constitucionalismo social. En cambio, las normas de derechos humanos datan de los años sesenta, setenta y ochenta; son normas mucho más recientes, más ricas, que contemplan una realidad social, científica, cultural, tecnológica y económica, muy distinta de la realidad que contemplaban las normas constitucionales en el siglo XIX. Entonces, cuando se interpretan juntas ambas normas, la vieja norma constitucional y la nueva norma de derechos humanos, se enriquecen mutuamente, se reciclan, se rejuvenece la vieja norma constitucional. Ésta es la gracia de la doctrina del bloque de constitucionalidad: la aplicación conjunta de la norma vieja y la norma nueva.

Si queremos, podemos agregar un componente filosófico. Las normas viejas eran generalmente individuales, liberales, porque son normas del siglo XIX. La norma nueva, la norma de derechos humanos, está redactada en clave social, con una mayor preocupación por la solidaridad, no es una norma liberal, individualista, sino una norma más social porque está hecha bajo los auspicios de la ideología que privó en la segunda mitad del siglo XX.

Otro dato interesante que puede contarse sobre Argentina es que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene desde 1995, apenas seis meses después de la reforma constitucional de 1994, que todas las jurisprudencias de la Corte IDH son vinculantes para los jueces argentinos. El argumento subyacente es que como los tratados tienen jerarquía en las condiciones de su vigencia, también se debe tener en cuenta cómo se da esa vigencia y cómo son aplicados en el ámbito internacional por los tribunales internacionales, en este caso la Corte IDH.

El tercer caso en este quinto escalón es la Constitución de Brasil. En su Constitución de 1988 esta nación tenía una fórmula parecida a la mexicana, considerando a los tratados de derechos humanos como fuente colateral de derechos, pero en la reforma de 2004 se le agregó al artículo 5º una cláusula por la cual los tratados sobre derechos humanos que hayan sido aprobados por una mayoría especial, sin entrar en detalle, por las dos cámaras del Congreso, tendrán el mismo valor que las enmiendas constitucionales. Es decir, el constituyente abrió la puerta para que el Congreso –mediante la ratificación de los tratados de derechos humanos por una mayoría calificada–, eleve a

esos instrumentos a la jerarquía constitucional. Por eso, los equipara a una enmienda constitucional.

Pasemos a un sexto modelo de recepción del DIDH. Este caso no lo llamo escalón, porque ya estamos en la parte más alta: el de la jerarquía constitucional. Quiero estudiar aparte este caso porque aquí la tarea no la hizo el constituyente, sino el juez. En este sexto grupo de constituciones incluyo a Costa Rica y la República Dominicana. Es muy interesante lo que ha pasado en estos dos países y puede resultar muy útil para el caso mexicano, por eso lo guardé para el final.

En Costa Rica la norma que se refiere a los derechos humanos no es una norma muy grandilocuente, no habla de jerarquía, como en el caso de México; no habla de una mayoría especial para ratificar tratados como el caso de Brasil, y no habla de prevalencia sobre el orden interno, simplemente en la parte referida al *hábeas corpus* y sólo en materia de *hábeas corpus*, o sea algo muy pequeño dentro del universo de derechos que la Constitución protege, cuyo artículo 48 indica:

Toda persona tiene derecho al recurso de *hábeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República.

En un fallo de 1995 se completa esta idea y se dice que en la medida en que los tratados otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman sobre la Constitución. Es decir, con una fórmula constitucional del segundo escalón, débil, de fuente colateral, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia indicó que los tratados de derechos humanos tendrán jerarquía superior a la Constitución, siempre y cuando brinden una protección más amplia. Éste es el principio *pro homine* o pro persona. Es de notarse que no hace falta tener una fórmula constitucional muy robusta para que la jurisprudencia sea fuerte.

Esto mismo pasó en la República Dominicana. En este caso el artículo 8° de la Constitución no podía ser más escueto: “Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona”. Fórmula débil, si las hay, suave; se reconoce como finalidad principal del Estado la protección de los derechos humanos. ¿Y qué dijo su Suprema Corte de Justicia? En una sentencia del año 2003 la Suprema Corte de Justicia dijo que la República Dominicana tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía:

- La nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional.
- La internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos, las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte IDH.

Y agrega: “Todo ello conforma el bloque de constitucionalidad al cual estará sujeta la validez formal y material de toda legislación secundaria”.

El ejemplo de la República Dominicana es el que más se ajusta a lo que podría llegar a ocurrir en México. Con una fórmula constitucional que sólo estipula la protección de los derechos humanos como finalidad del Estado, su Suprema Corte se animó a reconocer un bloque de constitucionalidad en el país, y dentro de ese bloque de constitucionalidad, la convivencia de la Constitución, la jurisprudencia constitucional, los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH. Señala a ese bloque de constitucionalidad como una fuente primaria y superior de derecho, y lo considera un parámetro para juzgar la constitucionalidad o no de las normas inferiores que se sancionen por el resto de los poderes políticos.

Voy a reflexionar ahora un poco sobre todo esto, sin sobreabundar en datos de constituciones, artículos y fallos.

Hay distintos modelos que los Estados iberoamericanos han seguido para abrir la recepción al DIDH. Hemos repasado la más débil, que reconoce a los tratados como pauta interpretativa; la segunda, que considera a los tratados como fuente colateral de derechos; la tercera, que otorga a los tratados una jerarquía suprallegal, pero infraconstitucional; la cuarta, que les reconoce jerarquía constitucional supeditada al principio *pro homine*; la quinta, que instauro un bloque de constitucionalidad, como en el caso de Colombia y Argentina. Estudiamos también una sexta categoría, que comprende a Costa Rica y la República Dominicana, en la cual la fórmula constitucional es débil, pero la jurisprudencia es muy avanzada, fuerte y protectora.

Esto ha cambiado totalmente al derecho constitucional. Nuestros viejos profesores hablaban de la soberanía del Estado, de la supremacía constitucional, de la soberanía del poder constituyente incluso. Hoy todos esos conceptos se han desgastado porque vivimos en un mundo globalizado. A quien no le guste el término *globalizado* se lo cambiamos por un mundo *integrado*, reconociendo el tufo político que tiene el término globalizado, pero es una realidad que no podemos desconocer. En el mundo globalizado o integrado que nos toca vivir, las constituciones ya no son inexpugnables; son permeables al DIDH. Y no hay de que asustarse, porque si son permeables no es para que el Estado pierda soberanía, sino para que éste respete más a las personas que están sujetas a su jurisdicción, para que se comporte mejor fronteras hacia adentro. Ésta

fue la gran innovación del DIDH, que a pesar de ser una rama del derecho internacional no le dicta al Estado un comportamiento fronteras afuera, sino fronteras adentro.

El extraordinario desarrollo que ha tenido esta rama del derecho desde 1945 hasta la fecha motivó la necesidad de que el derecho constitucional le abriera sus puertas. El derecho constitucional, las constituciones, no podían seguir negando esa realidad. De ahí que a partir de 1976 comenzaran a internalizar el DIDH. De todas las fórmulas que hemos repasado, desde el punto de vista estrictamente normativo, considero que la mejor es la que reconoce el bloque de constitucionalidad, porque esta doctrina soluciona todos los problemas, aplicando simultáneamente la norma constitucional y la norma internacional de derechos humanos. Pero si no existe este recurso en la constitución, bien se puede llegar al concepto a través de la interpretación jurisprudencial, como los casos de Costa Rica y República Dominicana.

Por último, agrego una reflexión más: el derecho público ha cambiado mucho. Tradicionalmente se estudiaba el derecho público como el derecho del Estado, como el derecho que estudia a esa ficción llamada Estado, pero desde el advenimiento del DIDH y, sobre todo, desde la constitucionalización del DIDH, el centro del derecho público ya no es el Estado, sino la persona humana.