

# ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y BUEN GOBIERNO

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ\*

## I. INTRODUCCION

### 1. *La idea y evolución del Estado de Derecho*

La afirmación del Estado de Derecho implica en nuestra realidad actual de fines del siglo XX e inicios del XXI, el sometimiento del poder político a un encuadramiento y canalización de la acción política a través de un ordenamiento jurídico, el cual limita la potestad pública con el fin o función primordial de asegurar, proteger, garantizar y promover los derechos inherentes a la dignidad del ser humano. Tal es el objetivo básico de la convivencia civilizada en el plano interno de cada sociedad política organizada como Estado y de la comunidad internacional regida por el derecho internacional público. Así estamos en esta última parte del siglo XX conformando un Estado de Derecho tanto estatal como internacional que tienen el común denominador y finalidad suprema de asegurar y garantizar como fundamento básico de la convivencia humana civilizada los derechos esenciales de la persona y de todas las personas, sin discriminación alguna, lo que constituye el cimiento de la paz y el desarrollo, tanto nacional como internacional.

Así, la conformación del Estado de Derecho en su formulación inicial, a partir del segundo tercio del siglo XIX, con la escuela alemana, en que se distinguen Robert Von Mohl, Federico Julio Stahl, Lorenz Von Stein, Rudolf Gnesst y Otto Mayer, que fija el principio de sometimiento del poder a la juridicidad y la actuación de la administración y la justicia dentro del encuadramiento del orden jurídico, como la justiciabilidad de los actos de administración. Dicha perspectiva se verá reforzada con la concepción jurídica de los derechos políticos subjetivos, que se inicia con Gerber, se desarrolla con Laband y llega a la formulación de la autolimitación del poder estatal con Jellinek. Todo ello sin

\*Abogado, Doctor en Derecho, Profesor titular de Derecho Constitucional, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile.

perjuicio de los aportes hechos por las construcciones de la dogmática jurídica italiana de Orlando y Santi Romano<sup>1</sup>.

Así se construyen las técnicas de la distribución de la potestad estatal en órganos con funciones, competencias y atribuciones delimitadas y atribuidas por el ordenamiento jurídico, la independencia funcional del poder judicial, el desarrollo de una jurisdicción contencioso-administrativa, la responsabilidad administrativa, civil y penal por arbitrariedad y desviación de poder.

La desubstancialización del Estado de Derecho realizada por el positivismo jurídico de fines del siglo XIX y principios del siglo XX llevaron a homologar Estado de Derecho con existencia de un ordenamiento jurídico, que ofreciera seguridad jurídica, con independencia de los aspectos sustantivos que determinaban el tipo de régimen o sistema político y el aseguramiento de los derechos esenciales para todos. El Estado de Derecho, en tal perspectiva, quedó constituido en un conjunto de técnicas formalistas y vacías de contenido, que llevó a parte de la doctrina a abandonar su uso y hablar en su reemplazo de un Estado de Justicia.

Será al término de la segunda guerra mundial y la tragedia humana que ella generó, la que lleva a un replanteamiento del Estado de Derecho formal por un Estado de Derecho substancial o material que reconoce su fundamento en los derechos esenciales de la persona y que somete al legislador a la supremacía del orden constitucional y al imperativo del orden jurídico positivo de respetar los derechos esenciales, surgiendo el derecho internacional de los derechos humanos, al que están sometidos y son sus principales obligados los estados y sus órganos constituidos.

Los derechos asegurados por el orden jurídico complementan los derechos individuales y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, los que se determinan como copulativos, indivisibles e irreversibles y se sostiene la progresividad del sistema y su fortalecimiento con derechos de la tercera generación o derechos solidarios, como son el derecho a la paz, a un medio ambiente libre de contaminación y el derecho al desarrollo.

Dicha perspectiva lleva, asimismo, en la segunda mitad del siglo XX, a la estructuración de un sistema político y jurídico mundial y regional de protección de tales derechos ante la actuación arbitraria o el abuso de poder de los Estados o sus agentes, a través del sistema de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, Relatorías, Consejo de Seguridad y Asamblea General); en el contexto europeo (el desarrollo y consolidación de la Corte Europea de Derechos Humanos) y en el ámbito americano (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Dicha perspectiva sustantiva del Estado de Derecho se complementa con la concepción democrática, que exige que el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución, sea expresión auténtica del cuerpo político de la sociedad, donde cada ciudadano pueda ejercer sus derechos políticos, siendo ellos, principalmente, el derecho a un sufragio igual, libre,

<sup>1</sup>Nogueira Alcalá, Humberto y Cumplido Cereceda, Francisco. *Derecho político*, Ed. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1993, pp. 293 y sgtes.

Lucas Verdú, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Ed. Edicusa, Madrid, España, 1969.

Vanossi, Jorge. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 1982.

Combellas, Ricardo. *Estado de Derecho, crisis y renovación*, Ed. Jurídica Venezolana, 1990.

secreto e informado; el derecho a ser elegido; el derecho de asociarse en partidos y asociaciones políticas; el optar a cargos públicos en condiciones de igualdad.

Así el Estado de Derecho adquiere la necesidad de una legitimación democrática y un control efectivo de los órganos estatales por la ciudadanía.

En realidad, cuando todos los elementos señalados se estructuran adecuadamente estamos en presencia de un Estado constitucional y democrático de derecho que tiene por objeto asegurar y garantizar los derechos humanos y lograr el desarrollo con Justicia Social.

Tal Estado se construye y desarrolla a través de una formación y educación democrática y la práctica efectiva del valor de la amistad cívica, lo que posibilita una cultura cívica y jurídica que haga posible el desarrollo, donde los sectores sociales más postergados perciban un mejoramiento real y concreto de su situación relativa al interior de la de la sociedad, pudiendo integrarse como sujetos activos del proceso de avanzar hacia condiciones más humanas de vida.

## *2. El buen gobierno, gobernabilidad o gobernanza*

El concepto de Gobernabilidad es relativamente nuevo en América Latina, éste llegó a nuestra región a través del Informe de la Comisión Trilateral de 1975, el cual sostenía que la crisis que vivía América Latina se debía a un exceso de participación democrática y a la explosión de reivindicaciones de los grupos de interés, lo que generaba una situación de ingobernabilidad.

Tal concepción se desarrolló en conjunto con la regresión de los regímenes democráticos y la instalación de regímenes autoritarios en América Latina en la década de los setenta y ochenta.

La reversión de dicha orientación a partir de la década de los noventa y la emergencia de las democracias ha llevado a plantearse el buen gobierno en una fuerte validación del Estado Constitucional democrático de Derecho, la reformulación de conductas políticas y de instituciones, con el objeto de facilitar el procesamiento con eficiencia y eficacia de la resolución de los problemas sociales, económicos, culturales y políticos, y su resolución dentro de una convivencia pacífica con pleno respeto y garantía de los derechos esenciales de las personas o derechos humanos. Esta nueva perspectiva revierte la idea de gobernabilidad, donde las personas e instituciones de la sociedad civil estaban instrumentadas a favor del Estado, por la idea de gobernanza, la cual implica una concepción personalista e instrumentalista del Estado al servicio de la persona humana y el bien común, lo cual exige una revisión profunda de los sistemas institucionales y jurídicos de América Latina y de la cultura y praxis de las instituciones estatales.

Ello requiere no olvidar que la actividad política debe desarrollarse conforme a los principios del imperio del derecho y el encuadramiento de todos los actos sociales y políticos dentro del marco de un ordenamiento jurídico y constitucional que sea expresión auténtica del cuerpo político de la sociedad, cuya potestad se encuentra limitada por el respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos humanos, los cuales conforman un bloque jurídico básico en que se fundamenta la convivencia pacífica y civilizada, garantizándose en un sistema interno e internacional de protección cada vez más efectivo.

Dicha perspectiva debe complementarse con el desarrollo, profundización y consolidación de procesos de integración regional y subregional de nuestros países, instrumentos básicos para ser sujetos activos y no meros objetos del sistema de globalización e interdependencia económica, social, cultural y político que vive la humanidad y que hace de nuestro planeta cada vez más una aldea global, pero en la cual sean respetadas las identidades culturales y las formas de vida de nuestros pueblos.

## II. EL FORTALECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS

La gobernanza democrática exige seguridad jurídica, estabilidad institucional y eficacia de los ordenamientos normativos, dentro de una política de fortalecimiento de las instituciones democráticas y de los cuerpos intermedios dentro de la sociedad civil.

Ello requiere de gobiernos legítimos en un proceso democrático informado, transparente y competitivo, cuyas autoridades emerjan de la voluntad efectiva y real del cuerpo político de la sociedad, reconocido por las mayorías y las minorías. Autoridades que desarrollen su tarea con eficacia dentro del Estado de derecho, con un adecuado y eficiente sistema estatal, dentro del marco de plena eficacia normativa de la Constitución, los tratados y las leyes, y con un reconocimiento efectivo de la autonomía relativa de las sociedades intermedias y de los derechos de las personas.

### 1. *La acción gubernamental y administrativa moderna*

La acción de gobernanza democrática en el ámbito del Ejecutivo, requiere adecuadas coordinaciones interministeriales, desconcentración y descentralización administrativa funcional y territorial, para obtener una más adecuada y eficaz resolución de los problemas sociales de las poblaciones o grupos humanos concernidos y una mayor eficiencia en la utilización de los recursos económicos, lo que exige la entrega de competencias y recursos a entes jurídicos locales y regionales, fortaleciendo la administración municipal y regional. A su vez, es necesario estructurar y fortalecer mecanismos e instituciones que favorezcan la incorporación activa y real de la población afectada, integrándola a los sistemas de administración, consultándola en las decisiones de mayor trascendencia.

Es necesario desarrollar políticas públicas que vayan eliminando progresivamente las desigualdades de oportunidades, la pobreza y las exageradas diferencias de participación en la distribución de los ingresos y la riqueza, que son el caldo de cultivo de los conflictos y de la espiral de violencia que aún sacude a una parte de nuestras sociedades latinoamericanas.

#### 1.1. *Las políticas y la estructuración de niveles de gobierno regional y administración local*

Los ordenamientos que buscan consolidar un Estado de Derecho Constitucional democrático y un buen gobierno de la sociedad, con una participación activa de su población, desarrollan un fortalecimiento de los procesos de descentralización en entes territoriales autárquicos o autonómicos, dotándolos de adecuados órganos, competencias y recursos,



fortaleciendo la capacidad protagónica y el desarrollo autosustentable de las comunidades concernidas, ampliando la democracia y mejorando la eficiencia y adecuación de su funcionamiento.

El buen gobierno contemporáneo necesita fortalecer la participación de la sociedad civil organizada y su protagonismo en organismos orientadores de la administración; su participación en la prestación de servicios públicos.

El desarrollo de gobiernos regionales facilita la ocupación del territorio, realizando la conquista de fronteras interiores; como asimismo, posibilita la integración de zonas fronterizas y el desarrollo de zonas transfronterizas.

Los gobiernos regionales posibilitan una mejor distribución del trabajo y la gestión entre los niveles nacional, regional y local.

La regionalización y la descentralización requieren de un esfuerzo para delimitar en cada realidad específica las competencias exclusivas, compartidas y residuales; acompañadas de la correspondiente dotación de recursos económicos y de personal capacitado para asumir tales funciones y atribuciones.

A su vez, es necesario afrontar problemas relativos a la transferencia de financiamiento, la búsqueda de adecuadas coordinaciones, las desigualdades al interior de las regiones y entre ellas, las deficiencias en los indicadores de desempeño y datos estadísticos, los problemas de carácter cultural y la débil participación y organización de la sociedad civil a nivel regional; la ausencia de partidos políticos con estructuras regionales o locales fuertes, entre otras situaciones.

Por último, es necesario superar las resistencias políticas, burocráticas y culturales de los niveles centrales poco dispuestos a ceder poder de decisión política, administrativa y económica a favor de las nuevas instituciones regionales.

### *1.2. El desarrollo de Fondos de desarrollo solidarios regionales y locales*

Esta perspectiva de gobernanza democrática exige el desarrollo de instrumentos institucionales de solidaridad a través de fondos de desarrollo intercomunales o municipales y de fondos de desarrollo regional que faciliten un desarrollo económico y social equilibrado de las diferentes unidades políticas y administrativas del país respectivo.

### *1.3. El desarrollo de políticas y normativas que aseguren transparencia y probidad administrativa*

Con el objetivo de fortalecer la administración transparente y con probidad es preciso reforzar las normativas en materias de inhabilidades e incompatibilidades que eviten el nepotismo y el aprovechamiento personal o grupal de las estructuras institucionales del Estado, sean éstas de cualquiera de sus funciones y órganos (ejecutivo, legislativo, judicial).

Esta perspectiva exige la creación y fortalecimiento de órganos de control autónomos e independientes que garanticen la probidad, la neutralidad y la eficiencia en el desempeño de las funciones públicas, lo que, a su vez, dotará de mayor legitimidad a las autoridades de los diversos órganos y funciones estatales.

A su vez, debe reforzarse la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción o por la omisión de las autoridades u

órganos públicos, como asimismo, por desconocimiento, inaplicación o violación de las disposiciones normativas protectoras de derechos esenciales previstos en la Constitución, en el derecho supranacional o el derecho convencional y consuetudinario internacional de los derechos humanos.

A su vez, la exigencia de legalidad, transparencia y probidad de la administración, exige el desarrollo de normativas y mecanismos institucionales anticorrupción y adecuada atención de las personas en sus necesidades por la administración, fortaleciendo los controles administrativos y financieros internos de la administración estatal central, desconcentrada y descentralizada, como de las empresas regidas, ya sea por el derecho público o privado que sean estatales o con participación mayoritaria estatal. De la misma manera, aparece como necesario facilitar y fortalecer los Defensores del Pueblo o Procuradores de Derechos Humanos y las jurisdicciones contencioso-administrativas, garantizando el acceso efectivo a la tutela judicial.

## 2. *La modernización institucional de los Parlamentos*

En el ámbito de los Congresos Nacionales o parlamentos es necesario modernizar los procedimientos legislativos para dotarlos de mayor eficacia, facilitando la conformación de comisiones mixtas para resolver conflictos intercamerales en los bicameralismos; dotar a los parlamentos de eficaces mecanismos de control de los actos del gobierno y la administración, dotar a los parlamentos de adecuados sistemas de información de las realidades económicas, sociales y culturales, como de las estadísticas e información ministerial; dotarlos de asistencia jurídica, científica y tecnológica, relevante y suficiente para ejercer sus altas funciones.

## 3. *La modernización de la justicia*

En el ámbito del Poder Judicial, los esfuerzos deben centrarse en dotarlos de mayor independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales propias, otorgándole de adecuado poder de imperio. La modernización de la administración de justicia exige la adecuada renovación de los procedimientos, dotándolos de mayor agilidad y rapidez en la resolución de los conflictos, dentro del pleno respeto a las normas del debido proceso, la igualdad de armas entre las partes, tribunales independientes e imparciales, sentencias dentro de plazos razonables y donde exista congruencia entre las peticiones y lo resuelto, a través de fundamentos razonables, aplicando debidamente las diferentes fuentes del derecho, dentro de plazos adecuados y razonables, o sin dilaciones indebidas, aplicando los principios *non bis in idem* y *la reformatio in peius*.

En este plano juegan un rol fundamental el acceso a la jurisdicción de los más pobres, la modernización de la justicia penal y el proceso acusatorio, protegiendo los derechos de las víctimas como el adecuado y justo proceso de los imputados, reduciéndose los márgenes entre imputación y sentencia, como asimismo, respetando el derecho a la presunción de inocencia inherente al Estado de Derecho y a los derechos esenciales o derechos humanos, además de la eliminación de los formalismos innecesarios.

A su vez, aparece necesario desarrollar, profundizar y consolidar el derecho a las accio-

nes y procesos constitucionales protectores de derechos fundamentales a través del “derecho, acción y proceso” de amparo, tutela o protección de todos los derechos asegurados por la Constitución, los tratados y las leyes como lo exigen los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus dimensiones de Habeas Corpus y Amparo de los demás derechos no sólo en relación con los agentes del Estado sino también por amenazas, perturbaciones o privaciones del ejercicio de los derechos en forma arbitraria o ilegal por particulares y la acción más reciente de Habeas Data, además de adecuados procedimientos de indemnización por error judicial.

Es necesario fortalecer el amparo judicial de los derechos asegurados por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes, a través de procesos constitucionales eficaces y rápidos, que hagan reales y concretos tales derechos para toda la población en condiciones de igualdad.

A su vez, para una protección integral de los derechos esenciales, dada la experiencia histórica de nuestros países, es necesario establecer un control jurisdiccional preventivo y obligatorio de la juridicidad y razonabilidad de los Estados de Excepción Constitucionales y un control jurisdiccional de las medidas adoptadas por decisiones administrativas que restrinjan o priven del ejercicio de derechos en los casos concretos, examinando su legalidad, razonabilidad y proporcionalidad; la que debe ser ejercida en última instancia por el órgano supremo de control de constitucionalidad, cumpliendo una función de uniformar la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales.

Mención aparte merece la falta de regulación en nuestros ordenamientos jurídicos para dar cumplimiento a las decisiones jurisdiccionales vinculantes y obligatorias para todos nuestros órganos estatales emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su delicada misión de asegurar los derechos de las personas ante abusos o arbitrariamente de agentes del Estado y deficientes regulaciones de los respectivos ordenamientos jurídicos.

#### 4. La eficacia normativa de la Constitución, la supremacía constitucional y la jurisdicción constitucional

No podemos dejar de mencionar la necesidad de dotar de plena eficacia normativa, directa e inmediata, a las normas constitucionales, como asimismo, el desarrollo de adecuadas instituciones que hagan efectivo el principio de supremacía constitucional formal y material, como del bloque constitucional de derechos humanos, a través de un sistema jurídico de defensa de la Constitución por Tribunales o Cortes Constitucionales o a través de la judicatura ordinaria, que no dejen ámbito normativo o actuación de órganos estatales fuera de dicho control, ya que ello debilita el Estado de Derecho y deja la puerta abierta al desarrollo de acciones extra-constitucionales. La solidez y legitimidad del sistema constitucional se asienta en una cultura política compartida, donde existe coherencia entre valores, normas jurídicas y conductas.

En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se ha reforzado en las últimas décadas la fuerza normativa de la Constitución en defensa del Estado de Derecho Constitucional Democrático, su aplicación directa o inmediata desarrollándose un proceso de judicialización de la Constitución, haciéndose más compleja y de mayor importancia la función jurisdiccional.

La jurisdicción constitucional rompe el dogma de la omnipotencia de la ley y con ello

la llamada "soberanía parlamentaria" y de la ley como "expresión de la voluntad general".

La ley deja de ser "Carta Magna de la Libertad" y el juez su obediente servidor y ejecutor. Concepción que alimentó el positivismo jurídico y su identificación entre ley y derecho.

La experiencia de los regímenes nazi y fascista permitió sacar lecciones de dichas realidades, además de mostrar que una mayoría parlamentaria puede hacer daño a los derechos esenciales de las personas y puede transformar un orden jurídico liberal democrático en un orden opresor.

El abandono del rígido formalismo jurídico y el derecho de una concepción de la Constitución que desarrolla valores y principios que constituyen expresión normativa de la orientación y objetivos de la actividad estatal, la cual constituye la norma superior del orden jurídico de la sociedad política y de aplicación directa e inmediata, exige su defensa respecto del atentado contra ella de cualquier órgano estatal clásico (ejecutivo, legislativo o judicial), lo que significa reconocer su supremacía formal y material, lo que se concreta en los sistemas de control de constitucionalidad.

Cabe especial mención en este ámbito el orden de valores que exprese la Constitución, que parte de la afirmación de la dignidad de la persona humana y que se expresa en los derechos esenciales que derivan de ella, los cuales la Carta Fundamental asegura y garantiza pero no los crea<sup>2</sup>, ya que ellos constituyen el fundamento del orden jurídico nacional e internacional contemporáneo.

Así, la defensa de la Constitución y su orden de valores, implica la defensa de la dignidad humana y los derechos humanos, protegiéndolos contra toda forma de arbitrariedad emanada de cualquier agente u órgano estatal, como respecto de cualquier persona, grupo o entidad privada. De esta forma, se desarrolla y concreta en el contexto de nuestra cultura "la jurisdicción constitucional de la libertad"<sup>3</sup> y la jurisdicción constitucional orgánica.

La jurisdicción constitucional tiene como objetivo central de defensa de la Constitución del Estado Constitucional democrático de Derecho y de los derechos esenciales de la persona, como el sistema, como el respeto al sistema de producción de normas dentro de dicho sistema, como asimismo, de incorporación a dicho sistema jurídico de normas que tienen su fuente de creación y validez en el derecho internacional.

De esta forma, la justicia constitucional garantiza el cumplimiento de la Constitución y su orden material de valores, ilumina el ámbito de aplicación de los diferentes tipos de normas, va integrando el derecho constitucional y garantizando el efectivo ejercicio de los derechos esenciales de las personas.

En definitiva, la jurisdicción constitucional fortalece y constituye una barrera jurídica de defensa del Estado Constitucional Democrático de Derecho, garantizando la regularidad de las reglas jurídicas subordinadas a la Constitución, el respeto irrestricto de los derechos humanos y del sistema democrático, como asimismo, los equilibrios entre los órganos estatales y la relación gobierno-oposición dentro del régimen político.

La jurisdicción constitucional contribuye positivamente al desarrollo del buen gobierno.

<sup>2</sup>Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

<sup>3</sup>Cappelletti, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale della libertà*, Ed. Giuffrè, Milá, Italia, 1976.



En los casos de existencia de Cortes o Tribunales constitucionales distintos de las Cortes Supremas de jurisdicción ordinaria, la preocupación debe centrarse en la selección de magistrados que sean juristas destacados con carácter que les permita garantizar su autonomía ante eventuales intentos de manipulación; el lapso por el cual deben integrar el Tribunal o Corte Constitucional debe ser superior al de los órganos democráticos representativos que los nombra, debe establecerse el principio de no reelección inmediata; un estatuto homologable al de los magistrados de la Corte Suprema, incluyendo la inamovilidad de sus funciones y una remuneración digna. El número de sus miembros debe adecuarse a sus funciones, debiendo considerar el número de asuntos que deberán considerar, especialmente si asumen un control represivo de constitucionalidad de leyes y decretos con efectos *erga omnes*, como asimismo, si tendrán la potestad de revisar discrecionalmente o a través de un recurso extraordinario las sentencias de los tribunales ordinarios recaídas en acciones de amparo o protección. En tal caso, la experiencia muestra que el número de sus integrantes puede variar entre 9 y 15 magistrados, que permite trabajar con eficiencia y eficacia.

En tal perspectiva, es conveniente, además, que si la Corte Suprema interviene en el nombramiento de parte de dichos magistrados, los elegidos por ella se encuentran inhabilitados para el desarrollo de competencias judiciales mientras desempeñan sus funciones en el tribunal o Corte Constitucional, evitando duplicaciones de tareas que son incompatibles como lo muestra la experiencia comparativa, no sólo por el distinto tipo de actividad jurisdiccional que debe ser desarrollada simultáneamente, sino también por la diferente óptica de consideración del derecho por parte de la judicatura ordinaria y de la jurisdicción constitucional. Esta última requiere de una hermenéutica diferente que parte del texto constitucional para evaluar la validez substancial de las normas infraconstitucionales y que no se limita a decir estáticamente el derecho, sino a establecer directivas y dinámicas de acción futura, constituyendo una función más próxima a la de los órganos políticos en cuanto legislador negativo que a la acción de los jueces de la judicatura ordinaria, ya que implica tener en consideración las convicciones e ideas valorativas y sociales de la comunidad en un momento histórico concreto, trascendiendo el formalismo positivista en el cual actúa la inmensa mayoría de los jueces ordinarios. El juez constitucional debe apreciar la Carta Fundamental como un conjunto normativo de significado unitario y finalista, cuya preservación debe orientar, con sus decisiones, lo que se percibe en sus sentencias adecuadoras y aditivas o integradoras.

La defensa de la Constitución por vía jurisdiccional es un punto pacífico en nuestra América Latina, desarrollándose diferentes modelos y experiencias, con una gran riqueza de matices, donde se combinan elementos del modelo norteamericano con elementos del modelo europeo de control de constitucionalidad en modelos mixtos, duales, como asimismo, experiencias inéditas<sup>4</sup>.

<sup>4</sup>Ver Brewer Carías, Allan. *Justicia Constitucional*. Tomo VI, "De Instituciones políticas y constitucionales", Ed. Jurídica Venezolana, Tercera edición, Caracas, 1996.

Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto. *Teoría de la Constitución*, Ed. Universidad Nacional Andrés Bello, Tercera edición, Santiago, Chile, 1994.

VV.AA. *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Ed. Dykinson, Madrid, España, 1997.

A su vez, se establece una variedad significativa de vías de acceso a la jurisdicción constitucional, la extensión de ésta, los diferentes sistemas de control abstracto y concreto de constitucionalidad, los diferentes efectos de los fallos (*inter partes o erga omnes*), los diferentes efectos en el tiempo (*ex tunc o ex nunc*). La producción de sentencias adecuadoras, integradoras, aditivas, entre otras formas de concreción de ellas<sup>3</sup>.

### 5. El desarrollo de una cultura cívica democrática

La gobernanza democrática exige de nuevas conductas y actitudes de los actores políticos y sociales que internalicen una cultura cívica democrática, basada en la amistad cívica, la observancia de los derechos humanos, el diálogo, la búsqueda de acuerdos, el respeto a las reglas de convivencia jurídicas y políticas pacíficas, excluyentes del uso de la fuerza, el insulto y la violencia. El desarrollo de políticas de integración social tendientes a eliminar las diferentes discriminaciones históricas, culturales, étnicas, de género, generacionales o de otros tipos. En otras palabras, el paso de relaciones de conflicto a relaciones de colaboración.

La gobernabilidad democrática no es posible con porcentajes significativos de la sociedad marginados por razones de miseria, impedidos de acceso a la cultura y a condiciones de trabajo y remuneraciones justas.

Tal perspectiva requiere eliminar de la política la relación amigo-enemigo por la de adversarios leales que compiten por realizar sus proyectos concretos al servicio del bien común, evitando la polarización ideológica, el dogmatismo intolerante, las verdades omnicomprendidas, la militarización de la política y el populismo demagógico.

Es necesario, asimismo, superar en algunos países latinoamericanos otra amenaza actual para la gobernabilidad democrática, especialmente en realidades de sociedades civiles débiles y con escasa cultura política, como es la despolitización, la cual afecta el sistema de intermediación política desarrollada por los partidos políticos y debilita los parlamentos, afectándose la legitimidad misma del sistema democrático.

La gobernabilidad democrática implica actores políticos con una oportuna adecuación a los cambios culturales y al nuevo ámbito del desarrollo material, científico y tecnológico. Se requiere desarrollar una dimensión psicosocial de sentimientos y ganas de insertarse en un futuro socialmente construible con voluntad y decisión de ser actores del nuevo mundo que nace.

Para que haya gobernanza democrática es necesario asegurar institucionalmente la existencia del pluralismo político; la posibilidad real de alternancia en el gobierno; asegurar la existencia de la oposición y su tarea de control y crítica gubernamental; la libertad de expresión e información y el acceso a la información pública relevante, elementos básicos que hacen a la existencia de la democracia y la distinguen de las formas de autocracia autoritarias y totalitarias.

<sup>3</sup>Fix Zamudio, Héctor. *Las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas. En las constituciones latinoamericanas*. Tomo 3, Ed. UNAM, México, 1990.

Zagrebel'sky, Gustavo. "Il controllo da parte della corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce". *Quaderni costituzionali*, Italia, 1989, pp. 67 a 91. Del mismo autor, *La Giustizia costituzionale*, Ed. Il Mulino, Italia, 1988.

Por último, es necesario desarrollar una cultura de confianza y la cooperación que permita mayores niveles de desarrollo que donde dicha cultura no existe<sup>6</sup>.

### 6. *El desarrollo de una fluida y representativa relación entre sociedad civil y Estado*

La gobernanza democrática requiere no sólo un apego al marco jurídico normativo, sino una generación de las autoridades gubernamentales en el marco de pluralismo político, libertad de expresión e información, elecciones libres, competitivas y limpias, como una justicia que resuelva los reclamos electorales y determina la validez y legitimidad de los procesos electorales.

La gobernabilidad democrática requiere de partidos políticos representativos, con estructuras institucionales democráticas, con financiamiento transparente y limitación y control de los gastos de campañas electorales. La democracia requiere de partidos políticos fuertes con capacidad analítica y propositiva enraizada en los desafíos y problemas reales que debe superar la respectiva sociedad, con líderes probos, con proposiciones serias y fundadas que contribuyan constructivamente al desarrollo del conjunto de la sociedad. Sin partidos y líderes con tales características la tarea insustituible de intermediación, interpretación y representación del cuerpo político de la sociedad, la gobernabilidad democrática se debilita en una de sus columnas vertebrales.

## III. LA NECESARIA READECUACION DE LOS MARCOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS DERECHOS HUMANOS, PARA UN BUEN GOBIERNO INTERNO DENTRO DEL MARCO INTERNACIONAL GLOBALIZADO DEL SIGLO XXI

El imperio del derecho, como expresión del cuerpo político de la sociedad democrática dentro del respeto, garantía y promoción de los derechos fundamentales, exige conformar todo el orden jurídico interno en tal perspectiva e insertarse en una comunidad internacional orientada por la misma finalidad.

El proceso de desarrollo de la sociedad interdependiente y globalizada contemporánea requiere de sistemas jurídicos y constitucionales adecuados para acoger y garantizar en una perspectiva eficaz el derecho de los derechos humanos, que se va constituyendo cada vez con más fuerza en el germen del derecho constitucional supranacional, regional e internacional con mayor desarrollo; el cual se constituye como el mínimo exigible en una convivencia civilizada y pacífica de carácter nacional, internacional y supranacional.

El reconocimiento y aseguramiento del derecho de los derechos humanos debe estar garantizado por el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los órganos judiciales internos, lo que se refuerza con las funciones y atribuciones de carácter subsidiario que cumplen en el plano internacional y supranacional órganos de aplicación y control re-

<sup>6</sup>Fukuyama, F. *Confianza. Las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad*, Editorial Atlántida, Buenos Aires, Argentina, 1995.

Luhmann, N. *Confianza*, Editorial Anthropos, Barcelona, España, 1996.

Peyrefitte, A. *La sociedad de la confianza*, Editorial Andrés Bello, Santiago, Chile, 1996.

gional e internacionales; el derecho convencional internacional de Naciones Unidas de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y su sistema de protección por el Comité y el Consejo de Seguridad y el sistema regional con base en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) y la Convención de derechos económicos, sociales y culturales (Pacto de El Salvador) y los órganos de supervigilancia y control, la Comisión y el órgano jurisdiccional vinculante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo ello de acuerdo con los artículos 48 a 51 y 62 a 69 de la C.A.D.H., respectivamente.

Esta perspectiva de reforzamiento recíproco de la base esencial del Estado de Derecho y de la democracia que es el respeto de los derechos humanos, ha sido recepcionado cada vez con más fuerza en nuestras constituciones y aplicado en forma tímida pero creciente por nuestras judicaturas, aún cuando existe una parte de los ordenamientos jurídicos regionales que aún no se incorporan adecuadamente a esta perspectiva de la realidad del mundo emergente del siglo XXI.

### 1. *Fundamento y concreción jurídica del derecho de los derechos humanos como base esencial y norma superior del derecho constitucional e internacional*

En los últimos decenios se han producido profundos ajustes y significativas modificaciones a diversas instituciones jurídicas en sus formulaciones clásicas consideradas inamovibles durante un par de centurias. En las últimas décadas del siglo XX han renacido las concepciones clásicas e introducido nuevas perspectivas y parámetros en el desarrollo del derecho público<sup>7</sup>.

Así, lo más destacado de los cambios del derecho constitucional en el contexto cultural occidental europeo y americano, es la superación de la idea y concepción de soberanía y el surgimiento del respeto irrestricto a los derechos humanos y mecanismos e instituciones protectoras de derechos no sólo individuales, sino de colectivos, de grupos y de intereses difusos<sup>8</sup>.

En efecto, la protección de los derechos esenciales constituye hoy un principio general del derecho internacional y base esencial de nuestros ordenamientos jurídicos, existiendo jurisdicción concurrente entre el derecho interno y la jurisdicción internacional o supranacional en la materia, aunque en forma subsidiaria.

En efecto, la protección de los derechos esenciales constituye hoy un principio general del derecho internacional y base esencial de nuestros ordenamientos jurídicos, existiendo jurisdicción concurrente entre el derecho interno y la jurisdicción internacional o supranacional en la materia, aunque en forma subsidiaria.

<sup>7</sup>Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1993.

Kaufman, Arthur y otro. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Ed. Debate, Madrid, España, 1992.

Von Beyme, Klaus. "Postmodernidad, Postmaterialismo y Teoría Política". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 4, Madrid, España, 1989.

<sup>8</sup>Gurutz, Jauregui. *La nación y el Estado en el umbral del nuevo siglo*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1990.

Stern, David. "El derecho contemporáneo en la era post Watergate". En *Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Tomo II, Ed. UNAM, México, 1988.



La afirmación de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales en el derecho internacional y constitucional positivo contemporáneo, constituye desde la perspectiva jurídica, una transformación profunda del derecho, ya que implica reconocer en el plano de los Estados que junto al principio de la soberanía se encuentra hoy el principio básico de su limitación por el derecho constitucional y el derecho internacional público de los derechos humanos<sup>9</sup>.

La concepción clásica de la soberanía externa alcanzó su máximo esplendor y su momento trágico en la última década de la primera mitad del siglo XX con la segunda Guerra Mundial. En efecto, al término de ella quedó sancionado el fin de la soberanía externa ilimitada, quedando restringida y disminuida la legitimidad de la guerra por el derecho a la paz y la emergencia de los derechos humanos como restricción de la potestad estatal, todo ello en el ámbito del derecho internacional por la Carta de Naciones Unidas, aprobada en San Francisco el 26 de julio de 1945, y más tarde por la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales documentos constituyen el inicio de la transformación del orden jurídico mundial en su perspectiva normativa, trayéndolo del "estado de naturaleza" del dominio de la fuerza al estado de sociedad civil, del encuadramiento del poder por el derecho; la soberanía externa del Estado deja de ser una libertad absoluta y salvaje, quedando subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales que son, por una parte, imperativo de la paz, y por otra, la tutela de los derechos humanos. La Carta de Naciones Unidas suprime el "*ius ad bellum*" que había sido hasta entonces el principal atributo de la soberanía externa, lo que se constituye en uno de los aspectos fundamentales de la juridicidad del nuevo ordenamiento internacional, cuyo objetivo es el desarrollo y mantenimiento de la paz en el respeto de los derechos esenciales o derechos humanos de todos.

Esta perspectiva se va complementando y progresando con los pactos internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional, comenzando a configurarse un ordenamiento supraestatal, que ya no consiste en un simple pacto de asociación, sino en un pacto a través del cual los estados se subordinan al bien jurídico superior de la dignidad y de los derechos esenciales de las personas, constituyendo estos un derecho inmediatamente vinculante para los Estados.

Así, la soberanía estatal externa queda limitada, ya que los derechos esenciales de las personas son objeto de tutela en el ámbito internacional frente a los Estados mismos y a la actuación arbitraria de sus órganos, que conllevan la afectación de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional.

La soberanía estatal queda fuertemente disminuida y reducida, ya que tales derechos esenciales de las personas constituyen el lugar preeminente en la cúspide del derecho internacional público de carácter imperativo por su significación civilizadora y su alcan-

<sup>9</sup>Ver Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en derecho internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, España, 1995.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y derecho internacional*, Editorial Helios, Buenos Aires, Argentina, 1995.

Dupuy, Pierre Marie, *Droit International Public*, Dalloz, 2ª Ed. París, 1993. Zagrebelski, G., *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

cc universal. En materia de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto en orden a la consecución del bien común internacional. Tales derechos constituyen un patrimonio común de la humanidad y una obligación erga omnes respecto de todos los Estados.

En la segunda mitad del siglo XX se va produciendo una reducción creciente del ámbito de la potestad discrecional e ilimitada del Estado. Este, por propia voluntad y libremente se somete a un derecho que lo supera y subordina (el derecho internacional de los derechos humanos y sus garantías jurisdiccionales), el cual no se estructura en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los estados partes en tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana, están obligados a cumplir siempre las disposiciones del tratado, aún cuando otro Estado los vulnere, ya que ellos se someten a un bien jurídico que los supera y tiene carácter prioritario: el respeto y garantía de los derechos de la persona humana, siendo la humanidad toda la que se resiente con dichas vulneraciones<sup>10</sup>.

La persona humana se constituye hoy como sujeto del derecho internacional, aunque limitado y disminuido aún, para activar los organismos internacionales en la protección de sus derechos, aún débilmente protegidos, por la debilidad institucional internacional para el cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales de los tribunales internacionales o supranacionales existentes.

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

El Estado contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX queda sometido crecientemente a un derecho internacional de los derechos humanos y a un derecho internacional humanitario, en el cual la soberanía o potestad estatal cede ante la valoración fundamental y la primacía de la dignidad de la persona y los derechos humanos, marco dentro del cual se mueve actualmente la potestad estatal, surgiendo así, parodiando con el Estado de Derecho nacional, un Estado de Derecho internacional, tanto en la guerra como en la paz, el cual genera las bases de una Constitución mundial en el ámbito tradicionalmente dogmático de ésta.

Esta perspectiva, ha implicado una profunda transformación de la dogmática del derecho constitucional y del derecho internacional público en las últimas décadas, el

<sup>10</sup>Como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia en los tratados sobre derechos humanos "los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y en cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser la Convención". "En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones" (Opinión Consultiva C.I.J. Recueil 1955, página 23). Esta concepción de los tratados de materia de derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que estos instrumentos "no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, y en beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". (Opinión Consultiva OC-82 Serie A Nº 2, Párrafo 29).

cual no ha sido suficientemente asimilado por algunas instituciones de nuestros Estados Latinoamericanos.

Por otra parte, el derecho internacional convencional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, no sólo porque los Estados han ratificado la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de acuerdo con el procedimiento constitucional previsto en cada caso, sino además porque expresamente las Cartas Fundamentales establecen imperativamente que los derechos esenciales o derechos humanos constituyen un límite de la soberanía, por tanto, del poder constituyente y de los poderes instituidos, como asimismo, porque determinan el deber del Estado de respetar y promover tales derechos, los que son directamente aplicables en nuestros ordenamientos jurídicos por los órganos jurisdiccionales. Muchos de estos ordenamientos jurídicos otorgan jerarquía constitucional o integran en el bloque de constitucionalidad a los tratados en materia de derechos humanos, sancionados y ratificados por el respectivo Estado, o los derechos esenciales o derechos humanos contenidos en dichos tratados.

En efecto, es pertinente señalar algunos ejemplos en la materia:

La *Constitución chilena de 1980, reformada en 1989*, en su artículo 5º inciso 2º, determina que "La soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

La *Constitución de Nicaragua de 1987*, en su artículo 46, determina: "En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimientos de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración americana de Derechos y Deberes del hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

La *Constitución de Brasil de 1988*, artículo 4º: "La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II. Prevalencia de los Derechos Humanos".

La *Constitución de Colombia de 1991*, en su artículo 93, determina que "Los tratados y convenios ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La *Constitución de Paraguay, de 1992*, en su artículo 143, señala: "De las relaciones internacionales. La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 5) La protección internacional de los derechos humanos".

A su vez, el artículo 42, de la misma Carta Fundamental, referente a la denuncia de los tratados, señala: "Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución".

La *Constitución del Perú, de 1993*, disposición final cuarta, establece: "Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

La *Constitución de Guatemala, reformada en 1993*, artículo 46, precisa: Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia",

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

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

Asimismo, el artículo 18 prescribe "Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

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

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

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

La misma Carta Fundamental en su artículo 22, precisa: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de dichos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".



Por último, el artículo 23 de la Carta Venezolana expresa: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

Como ha señalado el profesor Cançado Trindade, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "es alentador que las conquistas del derecho internacional a favor de la protección del ser humano vengán a proyectarse en el derecho constitucional, enriqueciéndolo y demostrando que la búsqueda de protección cada vez más eficaz de la persona humana encuentre guarida en las raíces del pensamiento tanto internacionalista como constitucionalista".

A su vez, fortalece el aseguramiento de derechos fundamentales y derechos humanos la tendencia a la operatividad directa e inmediata de los derechos y garantías asegurados por el bloque de la constitucionalidad de los derechos, lo cual les otorga mayor eficacia y automatismo<sup>11</sup>.

## *2. Los derechos esenciales forman parte de un sistema de doble fuente*

Los derechos esenciales constituyen cada vez más un sistema de doble fuente: los derechos se aseguran y garantizan en base al sistema constitucional interno de ponderación de normas y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo con las Cartas Fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo con el principio "favor libertatis", "pro cives", o "pro homine", el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados; así lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/1985.

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

<sup>11</sup>Dromí, Roberto. "Contenido e interpretación de los Derechos Constitucionales". En Obra Colectiva *Interpretando la Constitución*. Buenos Aires, Argentina, Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 22.

El principio fundamental, en materia de derechos humanos o esenciales, es la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías<sup>12</sup>.

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

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

Al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional, en especial en materia de derechos humanos, como es, entre otras, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), los Estados saben que tienen el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos de acuerdo con el artículo 1º de dicha Convención, el cual establece: "1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." asimismo, de acuerdo al artículo 2º de la CADH, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarios para dar plena eficacia a los derechos. Dentro de las medidas de "otro carácter", se encuentran las resoluciones judiciales que deben implementar los jueces como órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales tienen el deber no sólo de respetar, sino también de promover los derechos esenciales.

Por otra parte, existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados partes, principio que es del

<sup>12</sup>Ver Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo III: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994", Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 362-369.

todo recomendable explicitar constitucionalmente como lo hacen la Constitución Española de 1978 y la Constitución Colombiana de 1991 y Peruana de 1993, entre otras Cartas Fundamentales contemporáneas iberoamericanas, y como lo asumen las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela, entre otras.

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

Esta perspectiva exige remover esquemas mentales y conceptuales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, capacidad de superar actitudes, estereotipos, prejuicios y representaciones sociales esclerosadas. Ello implica abrirse a nuevos paradigmas y concepciones, hacerse cargo como actor relevante interesado en el fortalecimiento de los derechos humanos.

En el ámbito jurisdiccional interno latinoamericano destaca la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, lo que demuestra lo que pueden hacer los magistrados cuando de buena fe se comprometen efectivamente con los derechos esenciales de la persona humana y existe voluntad efectiva de cumplir las convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado. Dicha Corte ha sostenido: "Que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es inmediatamente ejecutivo y ejecutorio en el orden jurídico interno, y no sólo el resultante de los tratados o convenciones de los que Costa Rica sea parte, entre los cuales destaca, por su importancia, la Convención Americana de Derechos Humanos o 'Pacto de San José de Costa Rica', de 22-XII-1969 (vigente desde el 18-7-1978), siendo también de la costumbre internacional y de cualquier instrumento de Derecho Internacional General, notablemente la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10-XII-1948, en el ámbito de las Naciones Unidas, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del 5-V-1948, en el regional de la Organización de Estados Americanos, a las cuales la Sala ha reconocido valor vinculante y de rango constitucional, al interpretar de este modo el artículo 48 de la Constitución Política, que reza:

"Artículo 48. Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10"<sup>13</sup>.

A su vez, en otra sentencia relacionada con la colegiación obligatoria de periodistas, sostuvo:

"Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución

<sup>13</sup>Citado por Piza Escalante, Rodolfo. "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales en derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica". En *Liber Amicorum*. Héctor Fix Zamudio, Ed, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1998. Volumen I, p. 187.

Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución (sentencia 3435-95 del 19-V-1995, considerando 6º)<sup>14</sup>. La misma sentencia citada precisa "... si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esa normativa, ya sea en el caso contencioso o en una mera consulta, tendrán –de principio– el mismo valor de la norma interpretada”.

A su vez, la Corte Suprema Argentina ha asentado la jurisprudencia pacífica de la primacía de los tratados internacionales y de la aplicación directa de los principios y garantías que se sustentan en los tratados internacionales, por cuanto no puede quedar a la voluntad de los Estados cumplirlos sobre la excusa de falta de ley reglamentaria<sup>15</sup>. En esta perspectiva, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado Argentino asignar primacía del tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27”<sup>16</sup>.

La Corte Suprema argentina refuerza estos principios en el caso *Fibraca* referente al conflicto entre *Fibraca Constructora SCA* con Comisión Técnica Mixta de Salto Grande (CSJN F.433.XXIII, Sentencia del 7-7-93).

La Corte Suprema chilena en una jurisprudencia que aún no se ha asentado suficientemente ha ido reconociendo en los últimos años la aplicación preferente de los tratados sobre el derecho interno. En esta perspectiva en causa Rol N° 3396 de 1994, de Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema por la unanimidad de los miembros de la Sala, determina que: “Tercero: Los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución.

Cuarto: que una vez incorporado al derecho interno, los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (...) debiendo aplicarse los artículos 31 y 27...”.

Quinto: Que la Convención Internacional se aplica preferentemente frente a la ley interna mientras que el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda validez internacional”<sup>17</sup>.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de Chile en Sentencia Rol 459-98, de septiembre de 1998, recurso de casación penal, en su considerando décimo, determina: “en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones (Convenios de Ginebra sobre derechos humanitario internacional, artículo 3º común) importa un error de derecho

<sup>14</sup>Citado por Piza Escalante, Rodolfo. “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos. El ejemplo de Costa Rica”. Op. Cit., pág. 190. Con anterioridad hay sentencias similares: sentencia 3435-92, sentencia 5759-93.

<sup>15</sup>Barra, Rodolfo. “Derecho a la Integración: Ordenamiento jurídico y función judicial (reflexiones útiles de cara al Mercosur)”. En obra *Desafíos del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1997.

<sup>16</sup>Ruiz Díaz Labrano, Roberto. “La integración y las Constituciones nacionales de los Estados partes del Mercosur”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Ed. Ciedla, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 69.

<sup>17</sup>Revista *Gaceta Jurídica*, Editorial ConoSur, Santiago, Chile, marzo 1995, pp. 165 a 168.



que debe ser corregido por la vía de este recurso en especial si se tiene presente que de acuerdo con los principios del derecho internacional, los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los convenios respectivos”.

La misma Corte Suprema en sentencia anterior del 26 de octubre de 1995, en recurso de queja N° 5566, determina en su considerando décimo cuarto: “que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional, como se destaca en la sentencia recurrida, si este tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que, ciertamente, de producirse, debilitaría el Estado de Derecho”<sup>18</sup>.

Por último, la misma Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido que la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, se deduce que los derechos esenciales limitan la soberanía y son “superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide que sean desconocidos”<sup>19</sup>.

La Corte Suprema de Venezuela, en la sentencia sobre la declaración de nulidad de la Ley de Vagos y Maleantes de fecha catorce de octubre de 1997, reconoce la primacía de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho interno. Por otra parte, la misma Corte Suprema en fallo del 19 de enero de 1999 reconoce como derecho implícito e inherente a las personas el derecho a la participación política de los ciudadanos para determinar las decisiones fundamentales del Estado, lo que posibilitó la consulta popular que permitió generar la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución de 1999.

Como lo ha señalado con claridad el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cançado Trindade: “Mientras no prevalezca en todos los Estados parte de la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquiera acto u omisión de cualquiera de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), muy poco se avanzará en la protección de los Derechos Humanos en nuestro continente”<sup>20</sup>.

Hoy debe asumirse definitivamente que la soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos, porque ella tiene como límite tales derechos, lo que exige “agrijarse” culturalmente y superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual. La soberanía en materia de derechos humanos en la civilización de nuestros días es un fantasma sentado sobre su propia tumba, que no resiste la realidad de aldea global o planetaria que emerge del crepúsculo del siglo XX y la

<sup>18</sup>Nogueira Alcalá, Humberto, Consideraciones sobre constitucionalidad del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, *Revista Ius et Praxis*, Año 5 N° 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, 1999, pág. 376.

<sup>19</sup>Revista *Fallos del Mes* N° 446, Santiago, Chile, Sección criminal, pág. 2066, ver considerando 4°.

<sup>20</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de fecha 13 de septiembre de 1997, párrafo 24.

aurora de la realidad del siglo XXI y las nuevas formas de cooperación e integración de las sociedades en el plano político, jurídico, económico, social y cultural.

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

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

##### 5. *Resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y Cosa Juzgada interna*

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus criterios interpretativos deben ser aceptados e implementados por los tribunales internos, quedando entregados los medios procesales a los que determine el Estado parte como convenientes para asegurar el resultado y cumplimiento de lo determinado por el tribunal supranacional. Así, el Estado Parte y sus órganos, incluidos entre estos últimos los tribunales de justicia competentes, deben dar ejecución a las sentencias, debiendo realizarse una revisión nulificadora de las resoluciones judiciales internas consideradas contrarias a los derechos esenciales por el tribunal supranacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es indispensable que los Estados arbitren las medidas necesarias para que se dé cumplimiento de buena fe a las resoluciones jurisdiccionales de la Corte Interamericana y de otros tribunales supranacionales o internacionales, a los cuales los Estados les hayan reconocido competencia jurisdiccional, ya que ellos son tribunales que se han incorporado al ordenamiento jurídico interno como potestad de revisión de las sentencias de los tribunales jurisdiccionales nacionales. Ello implica, con un mínimo de coherencia, que no existe cosa juzgada material hasta que el tribunal internacional o supranacional que el Estado ha dotado de potestad jurisdiccional se pronuncie o prescriba la acción para recurrir ante él mismo.

El principio de cosa juzgada es una materia que queda entregada generalmente a reserva legal en nuestros ordenamientos jurídicos, pudiendo también ser regulada por los órganos de soberanía a través de tratados internacionales.

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

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

La Corte Interamericana ha admitido la revisión de sus propias sentencias firmes, aún cuando el artículo 67 de la CADH determina que sus sentencias son definitivas e inapelables. En tal sentido cabe señalarse la revisión de la sentencia en el caso Genie Lacayo de fecha 29 de enero de 1997, resolución del 13 de septiembre de 1997, párrafo décimo. La revisión de sentencias írritas constituye una norma común en materia de tribunales tanto nacionales como internacionales. En el caso de los tribunales internacionales, podemos señalar la Corte Internacional de Justicia (Art. 61); la Convención de La Haya sobre solución Pacífica de controversias internacionales (art. 83); el Estatuto del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas (art. 12); y el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.

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

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

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

Un ejemplo en el ámbito del derecho europeo está constituido por el caso "Bultó" en España, 1992, donde en un proceso penal el Sr. Bultó fue condenado a cumplir una pena de prisión, la cual fue confirmada por el Tribunal Supremo español, frente a lo que se interpuso un recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional, el cual también confirmó la sentencia del Tribunal Supremo. La persona afectada recurrió a la Corte Europea de Derechos Humanos, la que determinó que se habían vulnerado las garantías del debido proceso. Dicha sentencia fue enviada al Tribunal Constitucional español, el cual, en base al fallo de la Corte Europea, anuló su propia sentencia y la del Tribunal Supremo, estableciendo la necesidad de realizar un nuevo proceso. Además, el Tribunal Constitucional español solicitó a los órganos colegisladores que dictaran la

normativa correspondiente para la ejecución de las sentencias internacionales emanadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo cual los órganos colegisladores no lo han concretado.

Por otra parte, en Argentina, en el caso del periodista Horacio Verbitsky, en el cual, luego de las diversas instancias, la Corte Suprema determinó su condena por el delito de desacato por haber injuriado a un Ministro de Corte. El afectado recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, utilizando un procedimiento de solución amistosa contemplado en el artículo 48, párrafo primero, literal f) de la CADH, determinó que frente a la vulneración por parte del Estado argentino de los derechos del Sr. Verbitsky a un Tribunal independiente e imparcial, a la libertad de expresión y a la igualdad ante la ley, posibilitó que el Estado argentino enmendara su conducta, a través de la presentación por parte del señor Verbitsky, de un recurso de revisión ante la Corte Federal de Buenos Aires, sala primera, la cual, luego de recibir el informe del Fiscal hace lugar al recurso, luego la Corte Nacional de Casación Penal absuelve al señor Verbitsky en sentencia del 24 de febrero de 1994 (J.A. 1995-II-592) dejando sin efecto la pena. Además de ello, los órganos colegisladores argentinos derogaron la figura de desacato de la Ley 24.198 considerada contraria al derecho de igualdad ante la ley.

De acuerdo con esta perspectiva, tampoco hay violación del debido proceso en el principio NON BIS IN IDEM, ya que el juzgamiento por el Tribunal Internacional respecto del caso juzgado nacionalmente, sólo se produce cuando dicho juzgamiento es vicioso y, por tanto, nulo, por no respeto de las garantías básicas de un juicio objetivo, desarrollado por un tribunal independiente e imparcial, con las garantías del debido proceso, o cuando se violan los derechos esenciales en forma grave a través de una sentencia arbitraria o írrita.

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

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



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

Esta perspectiva básica es el fundamento y fin de las democracias contemporáneas y del Estado de Derecho nacional e internacional vigente, como asimismo, elemento estructurante de la gobernanza democrática.

### III. LA APERTURA DE LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES A LA DIMENSION DE LA INTEGRACION REGIONAL E INTERNACIONAL

Otro aspecto de la adecuada interacción entre el sistema jurídico nacional e internacional básico para fortalecer el proceso de gobernanza y que contribuye a fortalecer el desarrollo económico, social y político, constituye la reforma de nuestros sistemas constitucionales para habilitar los procesos de integración supranacionales, lo que implica y exige "aggiornar" las viejas concepciones a las nuevas realidades del mundo del tercer milenio que se inicia, reconociendo la emergencia de un derecho supranacional cada vez más fuerte y la primacía del derecho internacional sobre el nacional, cuando el Estado ha ratificado y aceptado la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, al incorporar los principios y normas de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, los que asume en la perspectiva de preeminencia del derecho internacional, válidamente ratificado especialmente en sus artículos 27 y 31, además de la doctrina de los actos propios, que exige coherencia entre las decisiones tomadas libre, voluntaria y conscientemente y las conductas concretas, en otras palabras, la congruencia de las decisiones con las acciones, que es la única conducta que otorga seguridad jurídica nacional e internacional para el desarrollo de los pueblos en todas sus dimensiones.

La seguridad jurídica y reglas jurídicas claras y estables son esenciales para generar confianza internacional en los ámbitos económicos y políticos, como asimismo, para la seguridad de una efectiva y oportuna resolución de los conflictos.

La nueva realidad mundial exige de América Latina y de sus gobiernos un sistema de seguridad global que asegure la paz y el desarrollo integral de nuestros pueblos; ello exige una adecuación de los marcos institucionales y el desarrollo de concertaciones políticas regionales que nos permiten ser arquitectos de la globalización con capacidad de propuesta y asumiendo responsabilidades en el nuevo orden mundial. Ello exige apertura mental de todos los operadores políticos y jurídicos: de gobiernos, parlamentarios y jueces, abriéndose al proceso de renovar sus aparatos conceptuales, adaptándolos a las nuevas dimensiones del derecho constitucional e internacional público de la sociedad política del presente y porvenir.

Un buen gobierno en un Estado Constitucional democrático contemporáneo, requiere que el ordenamiento jurídico genere herramientas flexibles que le permitan actuar como un actor responsable y comprometido en el ámbito de la sociedad internacional, posibilitando procesos de integración supranacional y de cooperación internacional; dotando de seguridad jurídica a las normas internacionales válidamente incorporadas al derecho interno, otorgando la preeminencia del derecho comunitario que se genera so-

bre el derecho interno. Además de instrumentos jurídicos que facilitan la internalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales.

En el ámbito regional es necesario fortalecer los acuerdos del Mercosur, el Mercado Común Centroamericano, la red de pactos bilaterales y multilaterales conformando una red de tejidos normativos y políticos de interdependencia regional, lo que requiere marcos constitucionales adecuados que posibiliten y faciliten la conformación de marcos supranacionales; de respeto a la seguridad jurídica de los tratados internacionales libremente consentidos y de instituciones que posibiliten la resolución jurisdiccional efectiva de conflictos internacionales y supranacionales, todo lo cual no sólo es necesario para el desarrollo de nuevas corrientes comerciales y para mejorar los flujos de inversiones productivas, sino también, para el desarrollo de acuerdos de complementación económica, cultural, social y política y el desarrollo de nuevas formas de complementación económica y formas de cooperación para el desarrollo con la Unión Europea, el Nafta y Asia Pacífica.

El derecho constitucional en la era de la globalización debe asegurar y promover las bases culturales de la sociedad que la identifican y diferencian de las demás sociedades políticas, salvaguardando sus valores, costumbres, prácticas e instituciones. El orden jurídico fundamental del Estado debe asumir la realidad de la globalización que no dirige ni controla, por lo cual debe favorecer los procesos de integración regional o subregional que asume las identidades de las sociedades que une, preservando sus culturas y valores comunes, diferenciándolas de otras, aun cuando se abre a los procesos de intercambio e interdependencia. El derecho constitucional se adapta a la nueva realidad que deja de ser el "yo" del Estado nacional moderno, para asumir la dimensión de un "nosotros" de los procesos de integración, como parte de la realidad que emerge a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, como asimismo, de la construcción de la conciencia postnacionalista e integracionista que permite rescatar las dimensiones culturales y sociales subregionales y regionales frente a los procesos uniformadores de la globalización<sup>21</sup>.

El permanecer aferrado a la dogmática jurídica del Estado nacional decimonónico, sin "aggiornarse", significa quedarse al margen del proceso de desarrollo de la sociedad política contemporánea y del futuro, quedando fuera de la realidad, marginados, política, jurídica, económica y socialmente, amarrado a una concepción estatal que no es más que una "ficción nostálgica"<sup>22</sup> en la nueva realidad mundial, frente a las integraciones binacionales, trinacionales, subregionales y regionales, donde se derriban fronteras, las cuales son cada vez más integradas y porosas.

Estos elementos son los que fundamentan y justifican las puestas al día de las constituciones en sus reformulaciones normativas y su apertura a los procesos de cooperación de integración y de supranacionalidad que permite actuar eficazmente en el ámbito internacional, con prontitud y flexibilidad organizacional<sup>23</sup>.

Tales adaptaciones normativas de las Cartas Fundamentales constituyen elementos fundamentales para el desarrollo de nuestras sociedades políticas y el interés de ser acto-

<sup>21</sup>Ver Diomi, Roberto; Ekineldijan, Miguel, y Rivera, Julio. *Derecho comunitario*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 20 y 21.

<sup>22</sup>Bruner, José Joaquín. *Globalización cultural y postmodernidad*, Ed. Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile, 1998.

<sup>23</sup>North, D.C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

res significativos del mundo internacional y no meros objetos de éste. El buen gobierno de los estados y sociedades políticas de inicios del siglo XXI exige una puesta al día y a las exigencias del mundo de hoy de los mecanismos e instituciones que permiten procesos efectivos de cooperación internacional e integración supranacional.

En el ámbito latinoamericano se ha ido desarrollando una tendencia aún tímida respecto de los mecanismos constitucionales que abran las puertas a los procesos de integración supranacional y la colaboración en el marco de la globalización. Sólo pocos textos constitucionales reconocen expresamente organismos órganos supranacionales:

En tal sentido puede citarse la Constitución Colombiana de 1991, en su artículo 227, el cual reconoce expresamente la competencia del Parlamento Andino, el Parlamento Latinoamericano y de todo otro organismo supranacional que se cree en virtud de un tratado celebrado con los países de América Latina y el Caribe. La misma disposición constitucional en la primera parte dispone lo siguiente: "El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe, mediante la celebración de tratados que sobre las bases de equidad, igualdad y reciprocidad con organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones...".

Otra Constitución que muestra esta apertura es la de Paraguay, cuyo artículo 145 admite el orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, tal artículo determina lo siguiente: "la República de Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso".

En la misma perspectiva, se sitúa la Constitución Argentina, reformada en 1994, cuyo artículo 75, numeral 24, precisa: "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Parece necesario adecuar nuestros ordenamientos jurídicos para que ellos sean capaces de integrarse adecuadamente en una perspectiva de derecho comunitario, como ha ocurrido en el marco institucional europeo. Ello implica asumir en nuestros textos constitucionales la aplicabilidad inmediata y automática del derecho supranacional, normas que generan derechos y obligaciones directas para los órganos, cuerpos intermedios y personas de los Estados miembros. A su vez, existe la caracterización de este derecho comunitario por el hecho de que los tribunales nacionales de los Estados miembros deben aplicar directamente dicho derecho, el cual debe tener una jerarquía superior a las normas de derecho interno. Todo ello todavía aparece muy marginalmente en nuestros ordenamientos jurídicos, como asimismo, en las constituciones de los países de América del Sur.

#### IV. CONSTITUCION, SUPREMACIA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES

Los Estados en materia de tratados internacionales tienen, por regla general, la libertad de negociar, aprobar y ratificar disposiciones de las respectivas convenciones, siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de los tratados.

Es la Constitución de cada Estado la que precisa los órganos que en ejercicio de la potestad pública pueden aprobar y ratificar los tratados, como asimismo, es la Carta Fundamental la que establece con la técnica normativa que se considera adecuada el control de constitucionalidad de los tratados antes de incorporarse al derecho interno.

Una vez incorporado un tratado al orden jurídico interno el Estado parte queda obligado a cumplirlo de buena fe, de lo contrario vulnera el derecho internacional y su propio derecho interno.

Ello es más evidente aún cuando el Estado ha ratificado la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, ya que ella y los Estados que la ratificaron asumen el monismo jurídico con prevalencia del derecho internacional, expresamente previsto en el artículo 27 de dicha Convención.

Una vez incorporado el tratado válidamente al ordenamiento jurídico nacional por su ratificación, debe tenerse presente los principios de *ius cogens* "pacta sunt servanda" y "bona fide", codificados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales como normas imperativas de derecho internacional, deben ser respetadas por los Estados partes, además de establecer dicha Convención que el derecho convencional internacional válidamente ratificado tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo un Estado invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según dispone el artículo 26. Por su parte, el artículo 27, a su vez, determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

Una perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional y los principios generales del derecho internacional exige que los tratados sólo puedan tener control de constitucionalidad en el proceso de incorporación al derecho interno, control que debiera ser obligatorio y quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas del derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno, ya que de lo contrario se vulnera conscientemente y de mala fe el principio esencial de primacía del derecho internacional válidamente incorporado, además quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales. Coherentemente con el principio de buena fe y de seguridad jurídica no puede existir control de constitucionalidad represivo de tratados, ya que estos no son "preceptos legales", no son normas jurídicas internas aprobadas por los órganos constituyentes o colegisladores del Estado sino que son normas internacionales que expresan la voluntad de dos o más Estados. La conciencia jurídica civilizada contemporánea así lo exige. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no excusa las violaciones o incumplimiento de los tratados.

La Convención de Viena define en su artículo 53 lo que para dicha Convención es una norma imperativa de Derecho Internacional General (*ius cogens*): "Una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificado por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter". Las normas de *ius*



cogens son asumidas y exigidas por la Convención de Viena antes señalada, el mismo artículo 53, a modo ejemplar determina que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General”, a su vez, el artículo 64 dispone que “si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional General, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

La Convención de Viena sobre derechos de los tratados, en el artículo 46, establece una sola excepción en materia de aplicabilidad de un tratado, cuando se invoca por un Estado parte para anular su vinculación a la convención respectiva, el hecho de ser concluido por personeros del Estado u órgano de éste sin capacidad para comprometerlo, encontrándose viciado el consentimiento.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha sostenido uniforme y reiteradamente en sus sentencias que “Un Estado que ha contraído obligaciones internacionales, está obligado a hacer en su derecho interno las modificaciones que sean necesarias para el cumplimiento de estas obligaciones”.

Todo ello es, además, una consecuencia lógica de que los tratados tienen su fundamento de validez en el derecho internacional y no en el derecho interno. Es un principio jurídico básico en que no existe obligación si ella depende de la libre voluntad y actividad del obligado.

A su vez, de acuerdo con las normas de los artículos 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, éstos sólo pueden derogarse conforme a sus propias disposiciones o por concurrir las causales reconocidas por el derecho internacional.

Así, la única perspectiva honesta y respetable de un Estado que ha ratificado la Convención de Viena sobre derecho de los tratados es la de no ratificar los tratados o convenciones, cuyas obligaciones no puedan comprometerse a cumplirlas de buena fe, como asimismo, en los casos que dichas convenciones estén ya ratificadas deberá denunciarlas, con todos los costos políticos, económicos y sociales que ello implica, en una sociedad mundial cada vez más interdependiente y globalizada.

Le corresponde a los tribunales superiores, especialmente a las Cortes Supremas y, en su caso, a los Tribunales Constitucionales, hacer el mayor esfuerzo interpretativo destinado a armonizar el derecho interno con el derecho internacional convencional y consuetudinario.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La modernización de los sistemas institucionales de América Latina requiere procesar cambios significativos en el ámbito gubernamental y administrativo, destinados a obtener mayor eficiencia en la resolución de los problemas reales con participación activa de la sociedad civil, una mayor transparencia en el proceso de toma de decisiones y de manejo de la información pública. Se hace necesario fortalecer la tarea legislativa y de control gubernamental de nuestros congresos o parlamentos nacionales, dotándolos del apoyo de recursos humanos y de tecnologías apropiadas a su trascendente e irremplazable función en el Estado Constitucional democrático. En el ámbito judicial ordinario y de la jurisdicción constitucional es necesario fortalecer su independencia funcional; reforzar

los principios y normas de derecho de acceso efectivo y con igualdad de oportunidades a la judicatura; el desarrollo de la actividad jurisdiccional asegurando la defensa técnica eficaz y las normas del debido proceso; potenciando acciones procesales constitucionales rápidas y eficaces en la protección de los derechos fundamentales; asimismo, fortalecer la jurisdicción constitucional destinada a dar eficacia normativa plena a las Cartas Fundamentales.

Por último, es necesario "aggiornar" la normativa y mentalidad jurídica de los operadores jurídicos y políticos, asumiendo la armonización del derecho interno y el derecho internacional, abandonando concepciones arcaicas superadas por la realidad contemporánea, lo que exige flexibilizar los ordenamientos constitucionales, posibilitando procesos de cooperación e integración política, económica, social y cultural con los demás estados de la sociedad internacional.