

**SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y CLÁUSULAS DE
APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL. ESPECIAL
REFERENCIA AL ÁMBITO IBEROAMERICANO ¹**

***CONSTITUTIONAL SYSTEMS AND CLAUSES
OPENNESS TO INTERNATIONAL LAW. SPECIAL REFERENCE TO THE
IBERO-AMERICAN AREA***

Ernesto Rey Cantor ²

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Descripción normativa de los sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al Derecho Internacional en Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos en el cual se clasificarán dos sistemas constitucionales con el objeto de verificar empíricamente la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) sobre el ordenamiento jurídico interno en América Latina, República Dominicana y Haití. Los sistemas son: Sistema con Constituciones con tendencia monista a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (i), y Sistema con Constituciones sin tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ii).

PALABRAS CLAVE: Sistemas Constitucionales, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Iberoamérica.

ABSTRACT

Normative description of the constitutional systems and opening clauses to International Law in Member States of the Organization of American States in which two constitutional systems will be classified in order to empirically verify the primacy

¹ Artículo recibido el 24 de mayo de 2021 y aprobado el 07 de junio de 2021.

² Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España).

of International Human Rights Law (hereinafter DIDH) on the domestic legal system in Latin America, the Dominican Republic and Haiti. The systems are: System with Constitutions with a monistic tendency to the primacy of International Human Rights Law (i), and System with Constitutions without tendency to the primacy of International Human Rights Law (ii).

KEYWORDS: Constitutional Systems, International Law, Human Rights, Latin America.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. SISTEMA CON CONSTITUCIONES CON TENDENCIA MONISTA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. II. SISTEMA CON CONSTITUCIONES SIN TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. INTERCONEXIÓN NORMATIVA DE CONSTITUCIONES CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. 3.1. La recepción de los tratados internacionales de derechos humanos por el ordenamiento jurídico interno. 3.2. Los límites heterónomos provenientes de tratados internacionales de derechos humanos. 3.3. Cláusula de jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos. 3.4. Cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3.5. Cláusula de prevalencia. 3.6. La nueva arquitectura constitucional y sus aportes. 3.7. La tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. IV. LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DEL ACERVO CONVENCIONAL V. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. 5.1. Origen francés. 5.2. Antecedente español. 5.3. Corte Constitucional de Colombia. 5.4. Nuestro concepto. CONCLUSIONES.

* * *

INTRODUCCIÓN

Se trata de la descripción normativa de los sistemas constitucionales y cláusulas de apertura al Derecho Internacional en Estados Miembros de la Organización de Estados

Americanos (en adelante la OEA)³, en el cual se clasificarán dos sistemas constitucionales con el objeto de verificar empíricamente la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) sobre el ordenamiento jurídico interno en América Latina, República Dominicana y Haití. Los sistemas son: Sistema con Constituciones con tendencia monista a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (i), y Sistema con Constituciones sin tendencia a la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (ii).

En el primer sistema se seleccionan doce Constituciones con cláusulas de apertura al DIDH; con este sistema se explica una nueva arquitectura constitucional con la función que desempeña cada una de estas cláusulas a la luz de la doctrina especializada, incluyendo la novedosa cláusula constitucional transitoria que incorporó el Acuerdo Final para la Paz colombiano (en adelante Acuerdo Final o AFP) como parámetro de interpretación y validez.

El principio de la primacía del *acquis conventionnel*⁴ (o acervo convencional: Convención Americana sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se formula en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), relacionado con la descripción normativa de los sistemas constitucionales en América Latina y parte del Caribe que clasificaré y propondré como modelos, en el escenario de la OEA, con los Estados Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el lapso comprendido entre 1991 y 2017, con énfasis en la Constitución de Colombia de 1991, por ser el primer modelo con una tendencia monista a la primacía del DIDH con tres cláusulas de apertura.

¿Por qué durante este lapso? La Constitución de Colombia es la primera que se expidió en 1991, y la Constitución de México de 2011 es la última de las Constituciones

³ Organización Internacional de Estados integrada por 22 Estados de Norte América, Centro América, América del Sur y 13 islas del Caribe.

⁴ “El *acquis conventionnel* o acervo convencional conformado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 4, 76, 136, 138, 404 y 405, quien toma prestada la expresión de *acquis conventionnel* de ALEJANDRO SAÍZ ARNAÍZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13, 76, 138 y 144. Expresión francesa que utilizaré *in extenso* en el presente trabajo, aplicable en el SIDH.

con dicha tendencia. Se aclara que la Constitución colombiana ha sido reformada por el Acto Legislativo 01 de 2001 que incorporó el Estatuto Penal de Roma, y por el Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la Paz –en adelante MJP–), por medio del cual se constitucionalizó la justicia transicional y se crearon los mecanismos constitucionales procesales de priorización y selección, y la renuncia condicionada a la persecución judicial de todos los casos que no se seleccionen. Así mismo se reformó transitoriamente la Constitución mediante los Actos Legislativos 01, 02 y 03 de 2017, implementado el Acuerdo Final para la Paz (un acuerdo político); sólo me ocuparé de este A.L. 01.

En la proposición de la clasificación de los sistemas constitucionales seguiré las enseñanzas en Derecho constitucional comparado de los profesores italianos Giuseppe Vergontini⁵ y Lucio Pegoraro y Angelo Rinella⁶.

Se clasifican dos sistemas constitucionales en los Estados latinoamericanos y del Caribe a manera de panorama normativo, con el fin de ofrecer un somero, sencillo y breve examen en derecho constitucional comparado en derechos fundamentales y derechos humanos, con el objeto de verificar empíricamente la primacía del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno, e identificar una tendencia monista de algunas Constituciones.

I. SISTEMA CON CONSTITUCIONES CON TENDENCIA MONISTA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS⁷

Este sistema se caracteriza porque las Constituciones contienen cláusulas similares con algunas diferencias formales a partir de tres criterios: la *jerarquía* constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (i); la *prevalencia*

⁵ DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho constitucional comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.

⁶ PEGORARO, LUCIO y RINELLA ÁNGELO, *Diritto costituzionale comparato, Aspetti metodologici*, Cedam, Italia, 2013. PEGORARO, LUCIO, “Comparación jurídica y uso «externo» de otras ciencias”, en *AVANCES, Revista de Investigación Jurídica*, N° 7, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, enero/diciembre, Lima, 2012, pp. 296, 298, 307, 341 y 344.

⁷ De 35 Constituciones de Estados Miembros de la OEA, solo 12 tienen dicha configuración normativa, lo que equivale a un 34,28 %.

de estos instrumentos sobre el ordenamiento jurídico interno (ii), y la *interpretación conforme* al DIDH (iii). Estos Estados son Parte en la CADH y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Este sistema lo presento como modelo de control de convencionalidad fortalecido, porque, como se observará, las Constituciones tienen una particular configuración normativa apta para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad mediante dicho control. Son estas las llamadas por la doctrina cláusulas constitucionales de “*remisión*” o “*cláusulas abiertas*” o “*cláusulas bisagra*” o “*estatalidad abierta*” a otras fuentes del Derecho internacional.

Presento el primer sistema constitucional y selecciono en orden las siguientes Constituciones vigentes de Norte América, Centro América, América del Sur, y dos Constituciones del Caribe con tendencia a la primacía y a partir de los tres criterios mencionados:

Constituciones que asignan jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las Constituciones de Venezuela (1999)⁸, artículo 23; Argentina (reformada en 1994), artículo 75, inciso 22; Nicaragua (reformada en 1995), artículo 46; Bolivia (2009) artículo 410 II y la Constitución de República Dominicana (2010), artículo 74, núm. 3⁹.

Constituciones con cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Constitución de Haití (1987), artículo 19; Constitución de Perú (1993), cuarta disposición transitoria; Constitución de Colombia, artículo 93¹⁰; Constitución de Bolivia, artículos 13 IV y 256 II, y Constitución de los Estados Unidos de México (reformada en 2011), artículo 1.

Constituciones con cláusula de prevalencia. Brasil (1988), artículo 4 II, Constitución de Colombia (1991), artículo 93; Constitución de Guatemala (1993),

⁸ Se aclara que Venezuela denunció, y por tanto ya no es Parte en la CADH, asumiendo una posición *estatalista* y retadora ante el SIDH. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela declaró una sentencia de la Corte IDH como “no ejecutable” (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros, Sentencia N° 1939 de diciembre 18 de 2008).

⁹ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN considera que los tratados de derechos humanos tienen valor *supraconstitucional* en las Constituciones de Bolivia (2009), artículo 256.I, y de Ecuador (2008), artículo 424. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional, en la obra colectiva *Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., pp. 445 a447.

¹⁰ Reformada mediante el Acto Legislativo 02 de 2017, que introdujo una cláusula de interpretación conforme al DIH, y con tendencia a la primacía del DIH; es un modelo único en el derecho constitucional comparado en América Latina.

artículo 46; Constitución de Venezuela (1999), artículo 23; Constitución de Ecuador (2008), artículo 424 inciso 2, y Constitución de Bolivia (2009), artículos 13 IV y 256 I.

Dichas “Constituciones son un prodigio de originalidad”¹¹, resalta Canosa Usera.

Adelante explicaré los conceptos de las cláusulas de jerarquía, de interpretación conforme y de prevalencia, siguiendo la doctrina europea y latinoamericana.

II. SISTEMA CON CONSTITUCIONES SIN TENDENCIA A LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Este sistema se caracteriza porque las Constituciones no contienen normas de *primacía* del DIDH verificables empíricamente; luego “donde no existe ese mandato expreso, la obligación está implícita o inmanente”¹². Este sistema no lo desarrollaré ya que las Constituciones omiten esa particular configuración normativa. No obstante, se podría enunciar una fórmula genérica para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad mediante la interpretación *secundum conventionem*. Este sistema lo presento como modelo de control de convencionalidad debilitado.

Un modelo con marcada tendencia a la primacía constitucional corresponde a la nueva Constitución de Cuba de 2019, porque esta “prima sobre [los] tratados internacionales”, artículo 8, artículo 12 y Preámbulo (anti-imperialismo, marxista, leninista, etc.).

El sistema con doce Constituciones con tendencia a la primacía del DIDH será el que desarrollaré, aclarando que no me referiré específicamente a cada una de estas Constituciones, sino a la Constitución de Colombia de 1991, reformada transitoriamente, como se advirtió en 2017, incorporando una cláusula transitoria que remite al AFP, siendo el Derecho Internacional Humanitario un parámetro de interpretación que obligatoriamente debe aplicar la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante la JEP). En síntesis, la Constitución colombiana marca una primacía del Derecho Internacional de

¹¹ CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2015. p. 19.

¹² GARCÍA ROCA, JAVIER, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas y Thomson Reuters, Madrid, 2019, p. 53.

los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional; modelo único en el derecho constitucional latinoamericano comparado.

El sistema jurídico colombiano tiene “naturaleza monista –el derecho internacional es exigible en el ámbito doméstico– con fundamento en el artículo 93 CP”¹³.

III. INTERCONEXIÓN NORMATIVA DE CONSTITUCIONES CON INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Se trata de un modelo de constituciones interconectadas con instrumentos internacionales de derechos humanos que proviene de las Constituciones de Portugal de 1976¹⁴ y España de 1978¹⁵ con notoria tendencia *monista* con particular referencia a la segunda. En efecto, “el artículo 10.2 debe comprenderse también como una regla de relación entre el ordenamiento interno y los ordenamientos internacionales”¹⁶. “Uno de los ámbitos en que se refleja este espíritu de apertura al derecho internacional es el de la protección de los derechos humanos, donde la Constitución española fue innovadora”¹⁷.

En esta parte me referiré a las cláusulas constitucionales de jerarquía, de apertura y de prevalencia¹⁸, con el fin de verificar las interconexiones normativas entre el

¹³ BERNAL PULIDO, CARLOS, “La aporía de la justicia transicional y el dilema constitucional del Marco Jurídico para la Paz”, en la obra colectiva *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 333.

¹⁴ Art. 16: “1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales *deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre*”.

¹⁵ Art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce *se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

¹⁶ GARCÍA ROCA, JAVIER, *La recepción constitucional de la idea de ordenamiento jurídico y su impacto en las fuentes del Derecho* (trabajo inédito), Madrid, 2020, p. 8.

¹⁷ FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R. y ALCOCEBA GALLEGU, AMPARO, “La idea de Constitución y el fenómeno jurídico internacional”, en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Barcelona, Instituto de Derechos Humanos “Fray Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 775.

¹⁸ Cláusula de *jerarquía* de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cláusula de *apertura* constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y cláusula de *prevalencia* para resolver los conflictos normativos de inconvencionalidad. Estas cláusulas modifican el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte en la CADH. La jurisprudencia de algunos Tribunales constitucionales latinoamericanos, en gran parte, giran alrededor de la aplicación de estas cláusulas, que en su origen están pensadas en el principio de la supremacía de la Constitución y el

ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional, y teóricamente establecer la primacía de este ordenamiento sobre aquél, en el constitucionalismo de América Latina y dos Constituciones del Caribe, según el novedoso diseño arquitectónico de las doce¹⁹ Constituciones que conforman los sistemas constitucionales anteriormente clasificados, particularmente a partir de la Constitución colombiana reformada en 2017.

Explicué anteriormente que algunas constituciones de América Latina contienen normas (con los tres criterios anunciados) de interconexión con las normas que reconocen derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, por ejemplo, la CADH. Como se advirtió de las Constituciones del Caribe, solo seleccionaré la Constitución de República Dominicana y la de Haití, todo lo cual precisa inferir una realidad constitucional diferente a la europea por razones que se explican en otro apartado.

“El fenómeno de la interconexión de ordenamientos jurídicos, con tantas posibles consecuencias y significados, puede ser contemplado en lo que tiene que ver con el modelo de fuentes del derecho”²⁰, porque a esos ordenamientos, repito, se interconectan instrumentos internacionales de derechos humanos como una nueva fuente del derecho. De esta forma, “el concepto de ordenamiento se reformula en el Estado constitucional de Derecho”²¹, que trataré a continuación.

El planteamiento del título es desafiante y provocador para quienes desconocen la realidad constitucional latinoamericana y del Caribe. “De este planteamiento se deducen también los principales problemas para la comprensión de la forma en que se

principio de jerarquía, principios que provienen de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica por parte de la Corte Suprema de Justicia (caso Marbury contra Madison, Sentencia de 1803), en el marco del control difuso de constitucionalidad de las leyes que inspira la gran mayoría de las Constituciones en América Latina, diferente a la realidad constitucional europea con un control concentrado de constitucionalidad, en escenarios y contextos distintos (económicos, sociales, políticos, religiosos y culturales).

¹⁹ Aclaro que solo me referiré a las Constituciones más citadas por la doctrina, obvio con particular referencia a la Constitución de Colombia de 1991, reformada en 2012 y 2017 incorporando una *justicia transicional*, un modelo *sui generis* de justicia en el derecho constitucional comparado.

²⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004, p. 25.

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 69, Año 23, septiembre/diciembre, Madrid, 2003, pp. 181-213.

plasma la supremacía jurídica de la Constitución”²², en especial en América Latina, por la novedosa construcción arquitectónica de algunas Constituciones con viraje hacia el DIDH (entendido como un conjunto de Declaraciones y Tratados internacionales que reconocen derechos humanos), del que proviene el principio de primacía del acervo constitucional para interconectarse con el principio de supremacía de las Constituciones, generando una metamorfosis en los ordenamientos jurídicos internos en el que se asienta el Estado de Derecho con su sistema de derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos.

3.1. La recepción de los tratados internacionales de derechos humanos por el ordenamiento jurídico interno.

Manuel Becerra Ramírez afirma que “en la doctrina se pueden reconocer dos sistemas de recepción de los tratados: la doctrina de incorporación y la de transformación”²³, recepción que depende de lo que establezcan las Constituciones de los Estados.

La recepción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno implica resolver tres problemas, según Gutiérrez Espada y Cervell Hortal:

“Es preciso determinar los procedimientos técnicos mediante los que las normas internacionales pasan a formar parte del Derecho interno (su «recepción»).

”Seguidamente debe dilucidarse cuál es el rango que a las normas internacionales corresponde en el esquema de fuentes del sistema del Estado (su «jerarquía»); y

”Habría que referirse a la cuestión de la «aplicación» por los órganos del Estado del Derecho internacional que forma parte de su sistema interno”²⁴.

En otras palabras, ¿cómo ingresan los tratados de derechos humanos –la “recepción”– en el ordenamiento jurídico interno? En efecto, se realiza mediante un

²² BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, Bilbao, 2005, p. 72.

²³ BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, *La recepción del Derecho Internacional en el derecho interno*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 25.

²⁴ GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTAL, *Curso General de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 272.

“acto de recepción” “y, en su caso, ¿cuál debe ser éste?”²⁵ Puede ser una ley expedida por el Congreso, mediante la cual se aprueban los tratados internacionales²⁶; “bien entendido que tal recepción es independiente de la manifestación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado”²⁷.

¿Cuál es su fuente: dualismo o monismo?²⁸. ¿Dónde se ubican dichos tratados una vez formen parte de dicho ordenamiento? O sea, ¿cuál es su jerarquía: constitucional o infraconstitucional? Definidas la recepción y la “jerarquía” de los tratados, ¿cómo se efectúa su “aplicación”? Si es directa o no la aplicabilidad de las normas del tratado, ello depende, en parte, de si las normas que reconocen los derechos humanos están o no configuradas como normas *self-executing*²⁹. Adelante resolveré lo relacionado a la jerarquía y aplicabilidad de los tratados.

Algunas Constituciones establecen el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Recepcionado con control de constitucionalidad y en vigor³⁰ “el tratado se convierte en norma nacional”³¹ (ejemplo, la CADH), siendo “norma interna de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico”³².

²⁵ RIDRUEJO PASTOR, JOSÉ ANTONIO, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Edit. Tecnos, Madrid, 2014, p. 169.

²⁶ Por ejemplo, las Constituciones de Colombia y de Argentina; o el Senado mexicano es el que aprueba el tratado. Mediante la publicación oficial del tratado lo establece la Constitución de República Dominicana en el artículo 26, numeral 2.

²⁷ RIDRUEJO PASTOR, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, ob. cit., p. 174.

²⁸ No profundizaré en el debate del dualismo o monismo; me propondré demostrar que las nuevas cláusulas constitucionales latinoamericanas y algunas caribeñas tienen una tendencia *monista*, con **primacía** del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno, en la hipótesis de conflictos normativos entre normas internas y normas del DIDH, el DIH y el DPI.

²⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, CESARIO, *Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 627 y 641. PIZA R., RODOLFO E. y TREJOS, GERARDO, “La auto aplicación (*self-executing*) de las normas del Derecho internacional en el Derecho interno”. Especial referencia a la auto-aplicación de la CADH, pp. 249 y 301, en VARGAS CARREÑO, EDMUNDO, *Introducción al derecho internacional*, Edit. Juricentro, San José de Costa Rica, 1979, pp. 245 y ss. REY CANTOR, ERNESTO, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*, 2ª ed., Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 2007, pp. 99 y 130.

³⁰ “Es el momento en el que un tratado adquiere plena eficacia, esto es, deviene obligatorio y es susceptible de aplicación directa, dependiente de su carácter *self-executing*”. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público*, T. II, *Derecho de los tratados*, ob. cit., pp. 260 y 272.

³¹ CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 22.

³² FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Protección jurídica constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en PÉREZ ROYO, JAVIER; URÍAS MARTÍNEZ, JOAQUÍN PABLO y CARRASCO DURÁN, MANUEL (Coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano Derecho Constitucional*, T. I, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1727-1746.

En lo sucesivo partiré del supuesto que se ha producido la recepción de la CADH en el ordenamiento jurídico interno, y de que el Estado es Parte³³ en la CADH y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. La CADH es derecho interno, “es decir, que cuando la [CADH] entró en el ordenamiento penetraba una norma de insospechado alcance, lo que significa la posibilidad de desplazar el derecho interno”³⁴. “Una vez integrada, la Constitución hace suya la norma externa”³⁵. Por consiguiente, se interconectan normas internas con normas de origen internacional para su aplicabilidad.

De la aplicabilidad de un tratado de derechos humanos se podrían presentar conflictos normativos o antinomias: normas internas que contradicen *las* normas convencionales de derechos humanos, que se resolverían con una interpretación conforme, o por medio del control de convencionalidad, haciendo operativo el principio de la primacía del DIDH.

Concluyo esta parte. “Una vez que el Estado ha ratificado válidamente [la CADH] aquél queda obligado por el [*acervo convencional*]”³⁶, el cual deberá ser aplicado directamente por el juez interno.

3.2. Los límites *heterónomos* provenientes de tratados internacionales de derechos humanos

Los tratados de derechos humanos en vigor establecen límites *heterónomos* al ejercicio del poder constituyente constituido³⁷ del Estado que se ha hecho Parte en el tratado; se trata del contenido material de los límites internacionales del poder constituyente³⁸; precisa Requejo Pagés lo siguiente: “En razón de su singular régimen de aplicación, limitan, incluso, a la Constitución misma, relegada en su operatividad

³³ El Estado ha hecho el depósito del instrumento de ratificación o de adhesión de la CADH.

³⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson y Civitas, Madrid, 2004, p. 71.

³⁵ REQUEJO PAGES, JUAN LUIS, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 34, Año 12, enero-abril, Madrid, 1992, p. 49.

³⁶ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 411.

³⁷ Cfr. VANOSSI, JORGE REINALDO, *Supremacía y control de constitucionalidad. Teoría constituyente*, T. II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 99.

³⁸ Cfr. Díez-Picazo, LUIS MARÍA, “Límites internacionales al poder constituyente”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, enero-abril, Madrid, 2000, p. 17.

inmediata a la prevalencia de las normas de aquellos sistemas”³⁹ [internacionales]. Por ejemplo, si en una Constitución se había establecido la pena de muerte, y posteriormente se deroga esta norma, y luego el Estado se convierte en Parte en la CADH que protege el derecho a la vida (artículo 4), en lo sucesivo queda limitado para reformar la Constitución para restablecer la pena de muerte que había abolido (numeral 3). En efecto, se trata del Estado constitucional convencionalmente limitado.

“El derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados” [y en ciertas situaciones] “no solo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección internacional de los derechos humanos”⁴⁰.

Es el mismo poder constituyente el que decide soberanamente limitar su ejercicio hacia el futuro, que también se extiende a la soberanía, a la división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Explicaré la configuración de las cláusulas constitucionales enunciadas en el título con las siguientes características y alcances que señala la doctrina.

Laurence Burgorgue-Larsen, expresa: “Así, adoptar las Constituciones modernas consistió en situar el derecho internacional de los derechos humanos en lugares privilegiados en la jerarquía de normas, pero también en organizar el hecho que dicho derecho pudiera primar sobre el derecho constitucional. Esa «especificidad» es el mayor rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano”⁴¹.

En similar sentido Héctor Fix Zamudio, advierte que:

“Como puede observar, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, se advierte una tendencia cada más acentuada para otorgar a los tratados internacionales, en general, una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos

³⁹ REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61, 62, 110 y 111.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Castillo Petrucci contra Perú, Sentencia de mayo 30 de 1999, párr. 101.

⁴¹ BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en la obra colectiva *Ius constitucionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck Instituto, Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, México, 2014, pp. 445 a 447.

últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita)”⁴².

Además, las Constituciones iberoamericanas han reconocido la supremacía del derecho convencional respecto de los derechos humanos.

El constitucionalista alemán Armin Von Bogdandy, al precisar la conformación del *ius constitutionale commune latinoamericanum*, señala que “estaría compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas”⁴³; o la llamada “estatalidad abierta” según denominación de Mariela Morales Antoniazzi⁴⁴. “Hay una tendencia hacia la consolidación dinámica de un constitucionalismo regional destinado a salvaguardar los derechos humanos fundamentales en base, por una parte, a la Convención Americana y demás instrumentos del ordenamiento interamericano y, por otra parte, las propias Constituciones con su apertura estructural”⁴⁵.

Refiriéndose a las cláusulas constitucionales de apertura, Manuel Eduardo Góngora Mera reconoce que en “la mayoría de los países de la región se ha introducido en sus Constituciones diversas cláusulas en las que se les concede a los instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada”⁴⁶.

Con fundamento en la mencionada tendencia, a continuación, desarrollaré el tema anunciado de las nuevas cláusulas constitucionales.

⁴² FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “La creciente internacionalización de las Constituciones Iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización, ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* UNAM, México, pp. 584, 591, 592 y 598.

⁴³ VON BOGDANDY, ARMIN, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en la obra colectiva de ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 19.

⁴⁴ MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en *Estudios avanzados de Derechos humanos*, Elsevier, Sao Paulo, 2013, pp. 178-227.

⁴⁵ MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ARMIN VON BOGDANDY y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., pp. 277 y 278.

⁴⁶ GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius constitutionale commune latinoamericano*”, en la obra colectiva *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM, México, p. 303.

3.3. Cláusula de *jerarquía* de los instrumentos internacionales de derechos humanos

En efecto, “la cuestión de la jerarquía de las normas (y de la determinación de cuál de ellas debe prevalecer) ha sido tradicionalmente reservada al Derecho constitucional”⁴⁷; “pero no siempre se ha podido garantizar de esta manera que la *primacía internacional* de los tratados encuentre en la primacía interna su correspondencia”⁴⁸ (cursivas fuera del texto).

En el ámbito interamericano, las Constituciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela, otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos. “La *jerarquía* de la Convención Americana se reconoce frecuentemente en las Constituciones latinoamericanas”⁴⁹ (cursivas fuera del texto).

La Constitución de República Dominicana (2010) expresamente reconoce la jerarquía de dichos tratados (art. 74, numeral 3) e implícitamente la Constitución de Bolivia reconoce dicha jerarquía⁵⁰ al mencionar la denominación bloque de constitucionalidad “integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos” (arts. 410 II); única Constitución en América Latina que utiliza esa denominación y con jerarquía de *supraconstitucionalidad*, según Laurence Burgorgue-Larsen⁵¹.

“El grado de apertura mayor se produce cuando la Constitución atribuye a los tratados sobre derechos el valor de norma constitucional”⁵². En efecto, “hay Constituciones que han preferido constitucionalizar [los tratados] con mención expresa

⁴⁷ CANCADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 285.

⁴⁸ REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho internacional público*, T. II. *Derecho de los tratados*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 334.

⁴⁹ GARCÍA ROCA, JAVIER y CARMONA CUENCA ENCARNACIÓN (Editores), “¿Hacia una globalización de los derechos? *El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, p. 58.

⁵⁰ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, con fundamento en el artículo 256 I considera que los tratados de derechos humanos tienen *jerarquía supraconstitucional*. Véase *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*. UNAM, México, p. 447.

⁵¹ “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera preferente *sobre ésta*” (cursivas fuera del texto).

⁵² CANOSA USERA, *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 22.

y determinada de cada uno”⁵³, ejemplos, las Constituciones de Argentina (art. 75, núm. 22) y de Nicaragua de 1987, reformada en 1995 (art. 46); en la primera el constituyente enumeró once instrumentos/tratados internacionales asignándoles expresamente jerarquía constitucional, y en la segunda enumeró cinco sin definir su posición jerárquica, lo cual no obsta para considerar que dichos instrumentos implícitamente están abrigados por la supremacía y jerarquía constitucionales. Porque dichas normas derivan de la voluntad del poder constituyente que quiso nominar uno a uno los instrumentos de derechos humanos [que] se incorporan al derecho nacional con el valor de norma constitucional”⁵⁴; “precisamente por eso, la afirmación implícita en la propia Constitución de que ella es la norma superior jerárquica. Esa es la idea que justamente expresa la supremacía jurídica de la Constitución, la de que todas las normas de los ordenamientos jurídicos se hallan sometidas jerárquicamente a la Constitución”⁵⁵, con los efectos de fuerza normativa que ello implica.

¿Ingresarían en la Constitución los tratados internacionales? No. Son “(...) los contenidos materiales de los derechos humanos allí reconocidos, [los] que se vierten en el contenido constitucional de los respectivos derechos constitucionales”⁵⁶, gozando de supremacía material.

Como se infiere de la realidad constitucional la jerarquía surge como pieza que se encuentra en la construcción formal de Constituciones de América Latina caracterizadas por su supremacía. “Sin el principio de jerarquía normativa no es posible organizar ningún ordenamiento o sistema jurídico moderno”⁵⁷, y así están configurados los ordenamientos jurídicos internos en los Estados cuyas Constituciones seleccioné.

Según Cristina Binder “el alto rango en la jerarquía normativa interna que le es acordado a la CADH en las Constituciones de la mayoría de los Estados latinoamericano, [es lo que] facilita considerablemente la recepción de la jurisprudencia

⁵³ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 458.

⁵⁴ CANOSA USERA, *ibidem*, ob. cit., p. 22.

⁵⁵ REQUENA LÓPEZ, TOMÁS, *El principio de jerarquía normativa*, Editorial Thomson Civitas, Navarra (España), 2011, p. 307.

⁵⁶ ARZOZ SANTISTEBAN, XABIER, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 234.

⁵⁷ REQUENA LÓPEZ aclara que en la actualidad el principio de jerarquía se aplica más como criterio de solución de conflictos entre normas internas de distinto nivel, que necesita de la implantación de un sistema de justicia constitucional que define la validez o invalidez de las normas. Ob. cit., pp. 43, 49 a 57 y 101.

de la Corte Interamericana”⁵⁸, concretamente el acervo convencional, evidenciando una realidad constitucional latinoamericana.

También existen Constituciones que expresamente no consagran dicha jerarquía; ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha definido dicha jerarquía constitucional, según algún sector de la doctrina⁵⁹.

Entre esas Constituciones merece especial atención la Constitución de Colombia de 1991 que, aunque no lo dice expresamente, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que le ha asignado jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos⁶⁰. También ha considerado el Tribunal que “las disposiciones del *ius cogens* en tanto normas imperativas del derecho internacional tienen una jerarquía especial y, en esa medida, la Constitución se encuentra a ellas sometida”⁶¹, “la Corte ha admitido que se incorporen al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales que conforman el Derecho Internacional Humanitario, así como las normas del *ius cogens* que se constituyen igualmente en parámetro de constitucionalidad para ejercer el control de constitucionalidad”⁶², “son normas situadas en el mismo nivel constitucional, como sucede con los convenios de Derecho Internacional Humanitario”⁶³. Con estatus de *ius cogens* se caracterizan las normas que tipifican los crímenes internacionales en el Estatuto de Roma.

Finalmente, preciso que el principio de jerarquía normativo se utiliza como un criterio de resolución de conflictos normativos entre normas válidas (de distinto nivel de graduación) que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico, “según el cual la norma

⁵⁸ BINDER CHRISTINA, “¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina?, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías”, en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?* (ARMÍN VON BOGDANDY, EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y MARIELA MORALES ANTONIAZZI, Coordinadores), Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck- Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 159-188.

⁵⁹ MANILI, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 256 y 257. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del Caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, Edit. La Ley, Buenos Aires 2010 C, p. 1195, y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *La Corte Suprema de Justicia reafirma el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad de oficio*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 197, entre otros autores.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia 067 de 2003.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-269 de 2014.

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-664 de 2013.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencias C-538 de 1997 y C-225 de 1995.

de rango superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la de rango inferior”⁶⁴; cláusula con base en la cual los Tribunales Constitucionales resuelven dichos conflictos por vía del control abstracto de constitucionalidad de las leyes, o el juez ordinario soluciona dicho conflicto normativo inaplicando la ley y aplicando la Constitución resuelve el caso concreto, por vía de excepción.

Para iniciar el siguiente aparte terminemos diciendo que “(...) la Constitución no es la única norma suprema, sino que comparte espacio, en la cúspide de la pirámide normativa, con otras disposiciones”⁶⁵, por ejemplo, la CADH, aclarando que son ordenamientos jurídicos con distintas caracterizaciones: el interno con la supremacía de la Constitución y el internacional con la primacía.

3.4. Cláusula de interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

“Se trata de un modelo en el que es la propia Constitución la que prevé y obliga a los tribunales nacionales a realizar una apertura interpretativa de sus derechos fundamentales a los tratados internacionales en la materia. Con él se introduce una cláusula de apertura de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos reconocidos internacionalmente”⁶⁶.

“Diversas Constituciones de Iberoamérica siguen los pasos del artículo 10.2 C.E. y albergan cláusulas constitucionales de apertura que facilitan la recepción del acervo convencional⁶⁷”, en mi concepto, en el bloque de constitucionalidad para realizar la interpretación *secundum conventionem* que luego trataré.

⁶⁴ RUIZ SANZ, MARIO, “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”, en *Cuadernos Bartolomé de Las Casas* 23, Dykinson, Madrid, 2002, p. 73.

⁶⁵ MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ARMAN VON BOGANDO y otros (Coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAN, Max-Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 275.

⁶⁶ SANTOLAYA PABLO, “La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales”, en la obra colectiva *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales constitucionales y Cortes Internacionales* (EDUARDO FERRER MAC-GREGOR y ALFONSO HERRERA GARCÍA, Coordinadores), Editorial Tirant lo Blanch, México, 2013, pp. 448 y 449.

⁶⁷ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, p. 72. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTLIB/6041054>

Contienen expresamente esta cláusula de apertura las Constituciones de Haití (1987), artículo 19⁶⁸, la de Perú (1992), artículo transitorio 4⁶⁹, Colombia (art. 93, inciso 2⁷⁰), Bolivia (art. 13 IV⁷¹) y México (artículo 1⁷²).

En la Constitución de Colombia de 1991 se presenta una novedosa tendencia a la primacía con cláusulas constitucionales de apertura al DIH⁷³ y al DPI⁷⁴. Con motivo de la implementación del Acuerdo Final se aprobaron dos reformas constitucionales transitorias por la paz (Actos Legislativos 01 de 2017 y 02 de 2017). La segunda reforma en un solo artículo⁷⁵ configura un parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas de implementación y desarrollo del AFP, teniendo como referencia el DIH; reforma que no explicaré porque rebasa la extensión del presente artículo.

En cuanto al DPI se refiere la Corte Constitucional ha considerado disposiciones del ER como parámetro de constitucionalidad: artículos 6 (crimen de genocidio⁷⁶) 7 (crímenes de lesa humanidad⁷⁷) y 8 (de los crímenes de guerra⁷⁸). Se trata de los crímenes internacionales con estatus de *ius cogens*.

⁶⁸ Constitución de Haití, artículo 19: “El Estado tiene la imperiosa obligación de garantizar el derecho a la vida, a la salud, al respeto de la persona humana, a todos los ciudadanos sin distinción, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

⁶⁹ Constitución de Perú, artículo transitorio 4: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

⁷⁰ Constitución de Colombia, artículo 93: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁷¹ Constitución de Bolivia, artículo 13 IV: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

⁷² Constitución de México, artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

⁷³ El artículo 214, núm. 2, establece que: “(...) en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario”.

⁷⁴ A.L. 01 de 2001 que adicione el artículo 93 con el ER.

⁷⁵ Artículo 1. La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio así: “En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final (...), que correspondan a normas de *derecho internacional humanitario* o derechos fundamentales definidos en la Constitución y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente **parámetros de interpretación** y referente de desarrollo y **validez** de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final con sujeción a las disposiciones constitucionales” (negrillas y subrayado fuera del texto).

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-488 de 2009.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1076 de 2002.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-291 de 2007, C-172 de 2004 y C-240 de 2009.

3.5. Cláusula de *prevalencia*⁷⁹

La cláusula de prevalencia se utiliza como un criterio de resolución de conflictos normativos entre una norma interna y una norma de un tratado internacional de derechos humanos, aplicables para decidir un caso concreto, el cual se resuelve aplicando esta e inaplicando aquella, por cuanto prevalece la norma internacional *en el* ordenamiento jurídico interno, o *sobre* la Constitución.

Manuel Eduardo Góngora Mera la denomina cláusula de primacía (*primacy clause*), según la cual “en caso de conflicto entre el derecho nacional y los tratados internacionales, priman éstos últimos”⁸⁰.

Esta cláusula de prevalencia mira sólo a resolver un problema de aplicación del Derecho, no de control de normas. ¿Qué derecho se aplica para resolver el caso? “La prevalencia equivale a decir aplicación de una norma en detrimento de otra, o sea, inaplicación”⁸¹.

Como se explicó, para resolver conflictos normativos entre normas de un mismo ordenamiento jurídico (ejemplo, ley violatoria de la Constitución) se aplica el principio de jerarquía, o conflictos entre una norma interna y una norma internacional (ejemplo, Constitución, ley, decreto, acto administrativo incompatible con un tratado de derechos humanos) se aplica la cláusula de prevalencia. En la primera forma de conflicto (de inconstitucionalidad) se podría resolver el conflicto normativo activando el control de constitucionalidad de la ley, y en la segunda (de inconvencionalidad) el control de convencionalidad de la norma interna. “De modo que las normas de [fuente

⁷⁹ La denominación de cláusula de prevalencia la adoptamos del derecho constitucional español, siendo su origen alemán. Su uso está limitado al proceso de aplicación del Derecho (...) solo determina de manera definitiva la norma aplicable y puede servir como criterio de decisión de fondo del conflicto”, BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO y otros, *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, 5ª ed., Madrid, 2010, p. 471. Mediante la cláusula de prevalencia se *aplica* una norma y se *inaplica* otra, y se resuelve un caso concreto sin juzgar la validez de esta; se trata de incompatibilidad entre dos normas aplicables a un mismo caso. En otras palabras, mediante la cláusula de prevalencia no se enjuicia la validez de la norma inaplicable, lo que sería objeto del control de constitucionalidad si se trata de una ley violatoria de la Constitución, que si se declara inconstitucional sería inválida y se retira del ordenamiento jurídico, mediante una sentencia de inconstitucionalidad.

⁸⁰ GÓNGORA MERA, MANUEL EDUARDO, “Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties” in *Latin American through National and Inter-American Adjudication*, IIDH, San José de Costa Rica, 2011, p. 91.

⁸¹ REQUENA LÓPEZ, ob. cit., pp. 241 y 309.

internacional] tendrían primacía en todo caso sobre las normas contradictorias de [fuente interna], incluso, como se ha indicado, sobre disposiciones constitucionales”⁸².

Es de aclarar que los conflictos normativos se presentan entre normas concretas y aplicables para resolver un caso, y no entre ordenamientos jurídicos *in abstracto*.

Contienen cláusulas de prevalencia las Constituciones de Colombia⁸³ (art. 93, inciso 1), Costa Rica (art. 7), El Salvador (art. 144), Honduras (art. 18), Venezuela (art. 23), Bolivia⁸⁴ (art. 13) y Ecuador⁸⁵ (art. 163), según Góngora Mera⁸⁶. La Constitución de Guatemala (art. 46), según Mónica Pinto⁸⁷, contiene la cláusula de prevalencia, o principio de prevalencia de los derechos humanos en la Constitución de Brasil (art. 4 II)⁸⁸.

En mi concepto, las constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia me permiten una vez más afirmar que si la CADH prevalece en el orden interno, la jurisprudencia de la Corte IDH, como integrante del acervo convencional, también.

Destaco la Constitución de la República Dominicana debido a que tiene unas cláusulas específicas: los tratados de derechos humanos se configuran como normas de aplicación directa e inmediata en el artículo 74, numeral 3⁸⁹; se consagra el principio *pro personae* en el artículo 74, numeral 4⁹⁰; además en los artículos 8, 38, 68 y 184 algunos derechos fundamentales se formulan con la técnica de los derechos subjetivos. El artículo 6 se titula *Supremacía de la Constitución*, correspondiéndole al Tribunal

⁸² MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público. Parte General*, 2ª ed., Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, p. 593.

⁸³ Constitución de Colombia, artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen** en el orden interno” (negritas fuera del texto).

⁸⁴ Constitución de Bolivia, artículo 256 I: “Los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicaran de manera **preferente** sobre ésta” (negritas fuera del texto).

⁸⁵ Constitución de Ecuador, artículo 424, inciso 2: “Los tratados de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, **prevalecerán** sobre cualquier otra norma jurídica” (negritas fuera del texto).

⁸⁶ GÓNGORA MERA, MANUEL, “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *Ius constitutionale commune* latinoamericano”, ob. cit., p. 304.

⁸⁷ PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 68.

⁸⁸ ARLINDO CARLESSO, LUCIANO, La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados de derechos humanos en perspectiva comparada (El principio de prevalencia de los derechos humanos), Tesis Doctoral, Sevilla, 2014, p. 171.

⁸⁹ Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 3: “(...) los tratados relativos a derechos humanos (...) son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.

⁹⁰ Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 4, los derechos se interpretarán: “(...) en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos”.

Constitucional garantizar dicha supremacía y la protección de los derechos fundamentales (arts.184 y 68). La Constitución (art. 5) y el Estado (art. 38) se fundamentan en el respeto al principio de la dignidad humana, el cual viene enunciado como un principio fundamental en el Preámbulo de la Constitución, y como un valor supremo la *fraternidad*.

“El constituyente dominicano se ha adherido a los principios del *monismo* que establece la primacía del Derecho Internacional sobre el derecho interno”⁹¹. No obstante, el gobierno dominicano ha incumplido la orden de la Corte IDH reformar la Constitución y la legislación en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana*⁹².

Asimismo, la Constitución de Bolivia en el artículo 256 consagra el principio *pro personae*. Por otra parte, la Constitución del Ecuador en los artículos 11, 417 y 426 contiene normas *de aplicación directa e inmediata*, y consagra el principio *pro personae*; en el artículo 428 se establece el control de convencionalidad de las normas internas según Pablo Manili⁹³.

De esta forma he explicado el alcance de las tres cláusulas constitucionales, y concluyo afirmando que “las Constituciones, en una palabra, ya no son lo que eran”⁹⁴, y los tratados regionales de derechos humanos judicializados “tienen cuerpo de tratado y alma de Constitución”⁹⁵, como por ejemplo la CADH, que en cuerpo y alma tienen que ser aplicados a imagen y semejanza, como fueron diseñados en la nueva arquitectura constitucional latinoamericana para proteger a los seres humanos.

⁹¹ PRATS, JORGE EDUARDO, *Derecho Constitucional*, T. I, *Ius Novum*, Santo Domingo (República Dominicana), 2010, p. 240.

⁹² Corte IDH, Sentencia de agosto 28 de 2013.

⁹³ MANILI, PABLO LUIS, *Manual Interamericano de los Derechos Humanos*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2012, p. 185.

⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 27 y 28.

⁹⁵ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, *ob. cit.*, p. 54.

3.6. La nueva arquitectura constitucional y sus aportes

Esta obra arquitectónica configurada “por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas”⁹⁶ (normas constitucionales + normas internacionales) cierra con un nuevo techo constitucional/convencional articulando los ordenamientos jurídicos de las Constituciones de algunos Estados latinoamericanos con el DIDH, adoptando de esta manera “fórmulas tales, como «apertura» del Estado constitucional que «se» encuentra en forma de «cláusulas de apertura»”⁹⁷ hacia el DIDH.

Se trata de una novedosa arquitectura constitucional diseñada con definidos perfiles que rediseñan la supremacía y la jerarquía constitucionales para “abrir” las puertas “[para la introducción] de la doctrina del bloque de constitucionalidad por vía de la interpretación de cláusulas de apertura constitucional”⁹⁸ para una protección reforzada de los derechos humanos/fundamentales, “pues, en esencia, la clave es resguardar a la persona humana en su convivencia política”⁹⁹. Dichas cláusulas son medios para resolver, en algunos casos, antinomias entre una norma interna constitucional o infraconstitucional, y dichos tratados (ejemplo, la CADH), acudiendo a la cláusula de prevalencia del derecho aplicable para resolver el caso. “Esta solución es frecuente en Iberoamérica, donde se llega a admitir expresamente la *primacía* de la CADH que le permite desplazar normas internas”¹⁰⁰ (cursivas fuera del texto).

Como se observa, se trata de las interacciones entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional. Al respecto, Luis Ignacio Gordillo Pérez expresa:

“La existencia de interacciones entre ordenamientos jurídicos distintos, pero superpuestos, ha suscitado históricamente doctrinas en torno al problema de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno [entre otras] el

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, en *Anuario Filosofía del Derecho*, Dialnet, Sevilla, 2016, p. 36.

⁹⁷ CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 28.

⁹⁸ GÓNGORA MERA, ob. cit., p. 303.

⁹⁹ CAMPOS BIDART, GERMÁN, *Teoría de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 353.

¹⁰⁰ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 49

«internacionalismo» (reconocimiento de la *primacía* del Derecho internacional), al que respondería la concepción monista”¹⁰¹.

Al respecto, coinciden en afirmar la primacía del Derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico interno un considerable número de autores¹⁰².

3.7. La tendencia a la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Verificada la citada tendencia internacionalista puedo inferir también que de las precitadas Constituciones emerge una tendencia a la primacía del DIDH sobre el ordenamiento jurídico interno incluida la Constitución, derivada del principio de la *primacía* del Derecho internacional¹⁰³, que implica el sometimiento del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional en el entramado de la nueva tipología de interconexiones normativas constitucionales.

Esta dinámica se enriquece con la producción de una nueva jurisprudencia constitucional fruto del diálogo jurisdiccional entre los tribunales constitucionales, jueces constitucionales y ordinarios con la Corte IDH, bajo la luz radiante del *principio* de la primacía de la CADH. En efecto, “(...) la primacía de la CADH viene dada por el control de convencionalidad, el rango constitucional que algunas Constituciones reconocen a la Convención”¹⁰⁴. Dicha primacía convencional se inserta en el bloque de constitucionalidad, gozando de la misma jerarquía y supremacía constitucionales de los derechos fundamentales, formando un *corpus constitucional* definido “como el conjunto limitado de materias que forman una Constitución: el texto constitucional, y por otros materiales normativos no formalmente incorporados al concreto documento”¹⁰⁵.

¹⁰¹ GORDILLO PÉREZ, LUIS IGNACIO, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 19.

¹⁰² Remiro Brotons, Mariño, Orench y Del Moral, Cancado Trindade, Escobar Hernández y Ojinaga Ruiz, Mangas Martín y Liñán Nogueiras (internacionalistas), Queralt Jiménez, Gordillo, Díez-Picazo, Requejo Pagés, Bidart Campos, Vanossi, Sagüés, Ferrer Mac-Gregor, García Roca, Nogueira Alcalá y Ramelli Arteaga (constitucionalistas), y Martín-Retortillo Baquer (administrativista), entre otros autores citados hasta el momento.

¹⁰³ Cfr., “La primacía de los tratados internacionales ha sido siempre la posición defendida por la más alta jurisdicción internacional”. MANGAS MARTIN y LIÑÁN NOGUERAS, ob. cit., p. 387.

¹⁰⁴ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante”, ob. cit., p. 87.

¹⁰⁵ Cfr., GÓMEZ CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e Teoría da Constitucao*, 6ª ed. Coimbra, 2000, p. 1059.

El acervo convencional ingresa el bloque de constitucionalidad articulado con esa estructura novedosa del ordenamiento jurídico interno de los Estados que hemos bosquejado; aquél de origen convencional y este de origen constitucional.

Es de aclarar que el citado novedoso diseño normativo con las nuevas cláusulas constitucionales facilitó a algunos Tribunales Constitucionales de América Latina construir jurisprudencialmente su propia doctrina del bloque de la constitucionalidad, con el liderazgo de la Corte Constitucional colombiana, cuya naturaleza jurídica deberá analizarse en el marco de la Teoría general del derecho, como diría Juan Luis Requejo Pagés¹⁰⁶.

Según explicaciones de Antonio Enrique Pérez Luño¹⁰⁷ se debe a la metamorfosis sufrida por los ordenamientos jurídicos contemporáneos europeos con repercusiones en América Latina. “Una de las consecuencias indirectas más relevantes de la constitucionalización formal es la casi inevitable transformación del principio jurisprudencial de primacía en cláusula constitucional de primacía”¹⁰⁸.

La citada doctrina española y latinoamericana me permite afirmar que los derechos humanos de fuente internacional, en mi concepto, forman parte del contenido material de la Constitución de forma expresa¹⁰⁹ o de manera implícita¹¹⁰ con jerarquía, validez, eficacia y fuerza normativa constitucionales¹¹¹, compartiendo dichos tratados la supremacía con la Constitución en la que se alojan los derechos humanos que estos instrumentos internacionales reconocen. “De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional”¹¹². “La misma tesis de la aplicación directa de la Constitución ha de ser entonces la tesis de la aplicación directa de la CADH”¹¹³; así

¹⁰⁶ REQUEJO PAGES, ob. cit., p. 116.

¹⁰⁷ PÉREZ LUÑO, “Nuevo Derecho, nuevos derechos”, en *Anuario Filosofía del Derecho*, Dialnet, Sevilla, 2016, p. 36.

¹⁰⁸ CRUZ VILLALÓN, ob. cit., p. 78.

¹⁰⁹ Por ejemplo, el Código Procesal Constitucional de Bolivia, en el artículo 2.I.2, preceptúa lo siguiente: “En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional”.

¹¹⁰ Con las cláusulas de apertura de las Constituciones latinoamericanas, dominicana y haitiana que seleccioné.

¹¹¹ Cfr. REY CANTOR, *Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos*. Ob. cit., pp. 168 y 175.

¹¹² FERRER-MAC-GREGOR, EDUARDO, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro (México), 2012, p. 142.

¹¹³ Cfr. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Parte General. 4ª ed. Talleres Gráficos, Buenos Aires, 1997, pp. VI-31.

como la Constitución tiene fuerza normativa el acervo convencional también la tiene, y con esta fuerza ingresa al bloque de constitucionalidad con aplicación directa e inmediata.

El nuevo diseño normativo de las Constituciones, clasificadas en la forma propuesta, me permite concluir que existe una tendencia en América Latina a establecer Sistemas constitucionales abiertos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. “La Constitución es, entre otras cosas, un sistema abierto de reglas y principios que permanece abierto al mundo”¹¹⁴.

IV. LA APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DEL ACERVO CONVENCIONAL

¿Cómo se hace operativa la primacía del acervo convencional? Mediante la activación del control de convencionalidad se hace operativo el acervo convencional resolviendo caso (hechos) a caso (hechos). Es por ello que “el control de convencionalidad se asienta asimismo en el correcto engranaje de las normas nacionales e internacionales”¹¹⁵.

En otras palabras, el contenido material “también reside o se aloja en el acervo convencional”¹¹⁶ por cuanto “la tendencia es considerar dentro del mismo (el bloque) no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana”¹¹⁷, con la proyección de *primacía* del acervo convencional.

Con las cláusulas constitucionales de apertura al DIDH, entre otras, la Constitución de Colombia¹¹⁸, la Constitución de Ecuador¹¹⁹, la Constitución de la

¹¹⁴ BUSTOS GISBERT, RAFAEL, *La Constitución Red: Un estudio sobre la supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, Oñati, 2005, p. 61.

¹¹⁵ JIMENA QUESADA, LUIS, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo global y de la tutela multinivel de derechos*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 24.

¹¹⁶ Cfr. REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, GIOVANNA ALEJANDRA, *Derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2016, pp. 135 y 136.

¹¹⁷ FERRER-MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Ob. cit., 2012, p. 142.

¹¹⁸ Constitución de Colombia, artículo 85: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 37 y 40”.

República Dominicana¹²⁰ y la jurisprudencia de la Corte IDH, se “da testimonio de la presencia del proceso de aperturismo”¹²¹.

Las bases convencionales y constitucionales de mi propuesta del concepto de bloque de constitucionalidad me permitirán demostrar (ii) que el contenido *sustancial* de los derechos humanos forma parte del contenido material que consagran los derechos constitucionales fundamentales (i), y que “las disposiciones normativas de la CADH tienen pues efecto directo o aplicación inmediata”¹²², así como también la jurisprudencia interamericana (iii).

Es un asunto de técnica jurídica (la estructura y la formulación normativa como derechos subjetivos) que se relaciona con la eficacia de los tratados internacionales y su aplicabilidad (ejecutabilidad por sí misma) para proteger a la persona humana. “Los derechos convencionales son verdaderos derechos subjetivos de naturaleza convencional”¹²³ y rango fundamental. En similar forma, las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales, por lo general, estructuran su formulación con la técnica de los derechos subjetivos.

Concluyo que la primacía del acervo convencional se subsume en el bloque de constitucionalidad para su aplicación directa e inmediata.

Con estas bases convencionales/constitucionales a continuación presentaré un concepto del bloque de constitucionalidad con tendencia aperturista/monista.

V. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

¿Cuál es el origen y antecedente de la institución?

¹¹⁹ Constitución de Ecuador, artículo 426, inciso 2: “(...) los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”.

¹²⁰ Constitución de República Dominicana, artículo 73, núm. 3: “(...) los tratados relativos a derechos humanos (...) son de aplicación directa e inmediata por los tribunales”.

¹²¹ BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE, “El aperturismo. La técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *RVAP*, N° 03, septiembre-diciembre, 2015, pp. 97- 130.

¹²² GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ, *El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor del precedente e interpretación vinculante*, ob. cit., p. 50.

¹²³ *Ibidem*, p. 87.

Según la doctrina el origen del bloque de constitucionalidad proviene del derecho constitucional francés y español.

5.1. Origen francés

La cuna de nacimiento del bloque de constitucionalidad es el Consejo Constitucional francés, que el 17 de julio de 1971 profirió una resolución por la cual reconoció “plena fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución de 1958 [con lo cual] confirió jerarquía y valor constitucional a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a todos los derechos sociales reconocidos en el preámbulo de la Constitución de 1946, y a todos los principios fundamentales que hubieran sido establecidos en las leyes anteriores a la expedición del texto de 1946”¹²⁴.

Obsérvese que, aunque se refiere a derechos, el reenvío no se hizo a los tratados internacionales de derechos humanos. Además, “la categoría «bloque de constitucionalidad» fue acuñada por la doctrina, pues el propio Consejo Constitucional no la menciona en sus decisiones”¹²⁵.

El mecanismo del bloque de constitucionalidad francés una década después fue retomado en España con otro alcance jurídico.

5.2. Antecedente español

El Tribunal Constitucional de España, en Sentencia TC 10/82¹²⁶, definió el bloque como: “un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”. Con posterioridad, el término se emplea para describir el criterio de

¹²⁴ UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en la obra colectiva *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, T. I, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2002, p. 131. Cfr. CRUZ, LUIS M., “El alcance del consejo constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 8, N° 15, ene-junio, Granada, 2011, pp. 499-502.

¹²⁵ FAVOREU, LOUIS, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, Madrid, 1990, pp. 46 y 47, citado por UPRIMNY, ob. cit., p. 109.

¹²⁶ FAVOREU, LOUIS & RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *El bloque de la constitucionalidad* (simposium franco-español de derecho constitucional), pról. de Javier Pérez Royo, Universidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991, pp. 19-20. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder. “Estudios sobre la Constitución”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 100 y ss.

constitucionalidad para la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹²⁷.

Examinemos dos conceptos de bloque de constitucionalidad según la doctrina. Según Argelia Queralt Jiménez: “(...) ha llegado el momento de reconocer que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH forman parte de una suerte de bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales formado, principalmente, por la Constitución, por la jurisprudencia del TC y por el *acquis conventionnel*”¹²⁸.

Bidart Campos, expresa:

“Por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema de cada Estado, un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto constitucional escrita¹²⁹ [son] normas (internacionales) que se hallan fuera de la Constitución, han recibido de ella su misma jerarquía, de modo de ubicarse a su lado en la mencionada cúspide, como provenientes de una fuente externa, colateral heterónoma, que es el derecho internacional de los derechos humanos”¹³⁰.

“Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera”¹³¹.

Al respecto, ¿qué dice la jurisprudencia constitucional?

5.3. Corte Constitucional de Colombia

Es la jurisprudencia constitucional colombiana la que ha definido y fijado los alcances de un novedoso concepto del bloque de constitucionalidad en la siguiente forma:

“El Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto

¹²⁷ Cfr., RUBIO LLORENTE, “El bloque de constitucionalidad” en *La forma del poder*, ob. cit., p. 101.

¹²⁸ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ. Ob. cit., p. 418

¹²⁹ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. IA, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 295.

¹³⁰ BIDART CAMPOS, *Ibidem*, p. 412.

¹³¹ BIDART CAMPOS, ob. cit., p. 295.

han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas a nivel constitucional. (...)”¹³².

Los efectos expansivos de la precitada jurisprudencia colombiana se proyectan a los Tribunales constitucionales de Perú¹³³, Bolivia¹³⁴, Argentina¹³⁵ y México en el que se utiliza la denominación de parámetro de control de regularidad constitucional, y se asigna jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos¹³⁶.

Veamos en el derecho constitucional comparado latinoamericano un ejemplo para tratar de demostrar una tendencia hacia la *primacía* convencional con el bloque de constitucionalidad.

La Constitución de Bolivia en el artículo 410.II¹³⁷ hace alusión expresa al bloque de constitucionalidad, integrado por tratados internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario. Con fundamento en el artículo 256. I¹³⁸ y el artículo 410.II, y en la sentencia de noviembre 20 de 2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia puedo predicar también la primacía del acervo convencional en el derecho constitucional boliviano, con tendencia expansiva en el derecho constitucional comparado latinoamericano.

5.4. Nuestro concepto

Con fundamento en los aportes doctrinales de Queralt Jiménez, Bidart Campos y la jurisprudencia constitucional colombiana, humildemente presento a continuación un concepto de bloque de constitucionalidad, con particular referencia a Colombia, que se halla inmersa en un conflicto armado interno.

¹³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995.

¹³³ Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 0004-1996-I/TC, 03.01, 1977.

¹³⁴ Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 0051/05, agosto 18 de 2005.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, caso Verbitsky Horacio/habeas corpus, 03.05.05, fallos: 328:1146.

¹³⁶ Suprema Corte de Justicia de México, contradicción de tesis 293/11, pp. 31-33, engrose.

¹³⁷ “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El *bloque de constitucionalidad* está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos (...)”.

¹³⁸ “Los tratados de derechos humanos (...) que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente *sobre ésta*” (cursivas fuera del texto).

El bloque de constitucionalidad es un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos¹³⁹, la jurisprudencia de la Corte IDH (primacía del acervo convencional) y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del Derecho Internacional Humanitario (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra)¹⁴⁰, el Preámbulo del Estatuto de Roma y los crímenes con *status* de *ius cogens* y la jurisprudencia de la CPI¹⁴¹.

Es “la propia Constitución que ha «invitado» a otros instrumentos jurídicos a que ocupen junto con ella el mismo escalón (el primero)”¹⁴² “y comparten con la Constitución su misma supremacía”¹⁴³.

Las doce Constituciones seleccionadas tienen por lo menos una de las tres cláusulas de apertura al DIDH¹⁴⁴, que desde la óptica constituyente de configuración normativa “complementan una abstracta regulación constitucional (...) cumplen por ello la función de servir de parámetro potestativo en procesos de constitucionalidad”¹⁴⁵. En otras palabras, “no es la Constitución el único parámetro valorativo, se recurre, además, a la doctrina [del] bloque de constitucionalidad”¹⁴⁶.

De esta forma se exponen descriptivamente los Sistemas Constitucionales con las tres cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el

¹³⁹ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer.

¹⁴⁰ Se aclara que las normas y principios del DIH solo se aplicarán en el marco de un conflicto armado interno.

¹⁴¹ Concepto de bloque de constitucionalidad aplicable en países que estuvieron o están en conflicto armado interno, como, por ejemplo, El Salvador, Guatemala, Perú y Colombia, respecto de los cuales la Corte IDH ha producido una jurisprudencia *constante*. Concepto que propongo para que en estos países los jueces interpreten y apliquen el acervo convencional interamericano a la luz del DIDH, del DIH y el DPI, poniendo fin a la impunidad de los crímenes internacionales.

¹⁴² MANILI. Ob. cit., p. 261.

¹⁴³ Cfr. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 78.

¹⁴⁴ Estos avances constitucionales marcan sin retorno una tendencia *monista* en el constitucionalismo latinoamericano hacia la *primacía* del acervo convencional sobre el ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución de los Estados Parte en la CADH.

¹⁴⁵ REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA, “Bloque constitucional y Unión Europea”, en UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y BERECIARTU, GURUTZ JAUREGUI (Coords.), *Derecho constitucional europeo. Actas del VII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 321

¹⁴⁶ ZAPATERO, VIRGILIO; GARRIDO GÓMEZ, MARÍA ISABEL y ARCOS ROMERO. *El derecho como proceso valorativo. Lecciones de teoría del derecho*. Alcalá: Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá, p. 121.

marco del derecho constitucional comparado de América Latina y dos islas del Caribe, demostrando con ello la *primacía* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el ordenamiento jurídico interno de dichos Estados, incluida la Constitución, primacía que los jueces deben hacer valer para resolver los casos (hechos), garantizando el respeto a la dignidad del ser humano. En el evento de conflictos normativos entre normas del ordenamiento jurídico interno y la CADH, el juez debe aplicar el acervo convencional.

CONCLUSIONES

La CADH contiene un estándar mínimo de garantía de los derechos humanos desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, vinculante para los Estados Parte, que debe incorporarse en los ordenamientos jurídicos internos con el fin de garantizar el respeto a la dignidad del ser humano, y el acceso a la justicia como un derecho universal en sociedades democráticas. Unos estándares convencionales de obligado cumplimiento.

El constitucionalismo influido por las Constituciones de Portugal (1976, art. 16.2) y de España (1978, art.10.2), con cláusulas de apertura al DIH, ha sufrido una transformación constitucional en los últimos treinta y tres años, con la promulgación de las Constituciones de Haití (1987), Brasil (1988), Colombia (1991 reformada en 2012 y 2017), Perú (1993), Guatemala (1993), Argentina (reformada en 1994), Nicaragua (reformada en 1995), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011), entre otras razones, por una tendencia monista hacia la primacía del DIDH al regular las relaciones entre el ordenamiento jurídico interno y la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia interamericana (acervo convencional). Una transformación que se proyecta con las siguientes modificaciones normativas y jurisprudenciales.

En efecto, el diseño normativo de esas Constituciones incluye, por voluntad del poder constituyente o de reforma en su nueva arquitectura constitucional, las siguientes cláusulas reforzadas: jerarquía constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos, interpretación constitucional *secundum conventionem, prevalencia*

para resolver los conflictos normativos de inconventionalidad de normas, jurisprudencia y prácticas internas frente al acervo convencional.

De esta manera, con las referidas Constituciones se ha formado un novedoso y reforzado sistema constitucional receptor del acervo convencional que goza de *primacía* en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Parte en la CADH.

La anterior configuración constitucional/convencional, con sus efectos de fuerza normativa, irradia dicho ordenamiento jurídico interno considerado en su conjunto. Se modifica así el sistema de fuentes del Derecho interno (constitucional, administrativo, penal, disciplinario, transicional, etc.), respecto de los Estados Parte que han aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte IDH.

La nueva arquitectura constitucional y convencional es activada por un proceso de adecuación entre los ordenamientos jurídicos internos (Constitución, leyes y actos administrativos) con el acervo convencional. Una vez lograda la coherencia normativa (compatibilidad), se fortalece el Estado de derecho bajo el techo de la primacía del acervo convencional para la protección reforzada de los derechos constitucionales fundamentales y derechos humanos.

El diseño constitucional contribuye a la construcción de un concepto de bloque de constitucionalidad, con la siguiente configuración:

El bloque de constitucionalidad es un conjunto compuesto por la CADH y otros instrumentos interamericanos, y la jurisprudencia de la Corte IDH (primacía del acervo convencional), los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas y principios aplicables del DIH (el artículo 3 Común a los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra), el Preámbulo del Estatuto Penal de Roma y los crímenes internacionales de *ius cogens*, y la jurisprudencia aplicable de la Corte Penal Internacional.

El acervo convencional subsumido en el bloque de constitucionalidad tendrá la doble función como:

Parámetro de interpretación constitucional de los derechos fundamentales.

Parámetro de constitucionalidad de las reformas constitucionales, de las leyes, los decretos con fuerza de ley y de los actos administrativos.

Por todo lo anterior se evidencia el tránsito de la supremacía de la Constitución a la primacía de la CADH y otros instrumentos interamericanos y la jurisprudencia de la Corte IDH (el acervo convencional).