

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



**“RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL
DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO
INTERNO.”**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN
CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

AMAYA CHÁVEZ NITZA ROXANA
FUENTES GRANADOS JOSÉ ROBERTO
PASTORE MAJANO OSCAR EDUARDO

DOCENTE ASESOR:

Dr. RICARDO TORRES ARIETA

CIUDAD UNIVERSITARIA DE ORIENTE, DICIEMBRE DE 2020

SAN MIGUEL, EL SALVADOR, C.A.

AUTORIDADES

MCS. ROGER ARMANDO ARIAS SALVADOR
RECTOR

DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ
VICE-RECTOR ACADÉMICO

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA QUINTANILLA
VICE-RECTOR ADMINISTRATIVO

ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL.

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ
DECANO

LIC. OSCAR VILLALOBOS CHÁVEZ
VICEDECANO

LIC. ISRAEL LÓPEZ MIRANDA
SECRETARIO EN FUNCIONES

MTRO. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA.
DIRECTOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN

LIC. JOSÉ PEDRO CRUZ CRUZ
JEFE DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS

LIC. JOSÉ PEDRO CRUZ CRUZ
COORDINADOR GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN

Dr. RICARDO TORRES ARIETA
DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA
ASESOR METODOLÓGICO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por darme la fuerza, sabiduría y entendimiento, para poder alcanzar las metas que me he propuesto. **A MIS PADRES**, por el apoyo incondicional y su sacrificio por estar siempre pendiente en mi formación académica. **A MIS HERMANOS**, por todo el apoyo brindado durante mis estudios, así mismo por la ayuda que proporcionaron cuando se le necesitaba. **A MI ASESOR DE TESIS**, por permitirnos ser parte de este trabajo y brindarnos sus conocimientos y técnicas de trabajo. **A MIS COMPAÑEROS DE TESIS**: por su bonita amistad y compañerismo que se convivió a lo largo de la carrera, donde se mostró mucho esfuerzo y dedicación para el desarrollo de este trabajo. **A TODAS MIS AMISTADES**, por demostrar su apoyo e interés en mi formación académica y profesional.

José Roberto Fuentes Granados.

A DIOS, porque El da la sabiduría y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia. **A MIS PADRES**, José Manuel Amaya y María Angela Chávez, por procrearme y apoyarme en lo que han podido y por la abnegación de ellos para que yo triunfe. **A MIS ABUELOS**, Santos Argueta y Paulina Amaya, por sus oraciones y buenos ejemplos por creer que podía lograrlo, por los sacrificios que han hecho para ayudarme y por los consejos que guardo en mí y que me han empujado para este recorrido tan grande. **A Blanca Estela Morales**, por ser como una madre para mí, el cual estoy inmensamente agradecida por el amor, cariño y apoyo incondicional que me ha brindado. **A MI ESPOSO**, Juan Francisco Barrera, por apoyarme y motivarme para terminar la carrera, aun en las adversidades. **A MI**

TIO, Benjamín Argueta, por darme un gran ejemplo de superación y por también por las muchas veces que me ha ayudado económicamente. Y a todos los demás parientes que han contribuido conmigo, que son muchos el cuales ya saben ustedes quienes son. A Blanca Rodríguez por su amistad, consejos y por motivarme a seguir la carrera. A Estela de Amaya por ayudarme a ser disciplinada, ordenada y aseada para realizar las tareas en un mejor ambiente y por las veces que me ha apoyado económicamente. A Ofelia Maradiaga, por darme la oportunidad de trabajar en su librería y permitirme así a seguir estudiando. A cada maestro por su paciencia, al momento de compartir su conocimiento conmigo y hacer de mí una mejor persona y menciono a los que en ellos se encuentran María Lucia Argueta Centeno, Elia Sorto, Dr. Mendoza, Licdo. Carlos Solorsano Trejo, Ricardo Torres Arieta, Dr. Edwin Godofredo Valladares, Dr. Hugo Noe García Guevara, Licdo. Carlos Armando Saravia Segovia, Licdo. Enrique Antonio Nolasco, Licdo. José Pedro Cruz Cruz y Juan Antonio Buruca a todos ustedes gracias. A Licdo. Javier Flores y Licdo. Oscar Pastore por brindarme transporte cuando salía en horas de la noche de la Universidad. **A MIS COMPAÑEROS DE TESIS**, José Roberto Fuentes Granados y Licdo. Oscar Eduardo Pastore Majano, por hacer equipo conmigo, por su paciencia y tolerancia y también por el empeño que han aportado para culminar la tesis, gracias.

Nitza Roxana Amaya Chávez.

Dedico esta tesis en homenaje póstumo a la memoria de mi padre, Julio Armando Pastore Ramos, (1 de febrero de 1934, 15 de julio de 2020), quien, en su humildad, y en la práctica cotidiana, me enseñó los valores fundamentales de la gratitud, la solidaridad, la justicia y el código que rige mi vida.

Agradezco a mi esposa y a mis hijos por su paciencia, apoyo y comprensión en este esfuerzo que constituía una deuda personal en mi formación académica.

Una mención especial a mis compañeros de tesis y de estudios, José Roberto y Nitza Roxana, con quienes compartimos momentos significativos durante los años de estudios y a quienes admiro por su humildad paciencia.

A mis profesores por su esfuerzo y dedicación en su trabajo docente.

Oscar Eduardo Pastore Majano

ÍNDICE	
INTRODUCCION	I
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	1
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	1
2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	4
2.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	9
3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	10
4. OBJETIVOS	12
4.1. OBJETIVO GENERAL	12
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
5. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN	13
5.1. ALCANCE JURÍDICO	13
5.2. ALCANCE TEÓRICO	14
5.3. ALCANCE TEMPORAL	16
5.4. ALCANCE ESPACIAL.....	16
6. SISTEMAS DE HIPÓTESIS.....	17
6.1. HIPÓTESIS GENERAL	17
6.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	17
6.3. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	18
7.DISEÑO METODOLÓGICO	22
7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	22
7.2. POBLACIÓN	24
7.3. MUESTRA	24
7.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	26
7.4.1. MÉTODOS	26
7.4.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	26
7.4.3. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	28
CAPITULO I	29
1. DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL, PRECISIONES CONCEPTUALES .29	
1.1. CONCEPTO DE DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL	29
1.1.1 CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL.....	29
1.1.2 CONCEPTO DE DERECHO INTERNO	31
1.1.3 DIFERENCIA ENTRE AMBAS RAMAS.....	32
1.1.4 PODER LEGISLATIVO.....	33
1.1.5 PODER COACTIVO.....	34
1.1.6 RECUSACION.....	34
CAPITULO II	35
2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHO HUMANOS	35
2.1. CONCEPTO Y DENOMINACIONES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES	35
2.1.1. ACERCA DE LOS TRATADOS, DECLARACIONES Y RESOLUCIONES	
INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS	37
2.1.2. VALOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS	
HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO	46
2.1.3. METODOS DE INTERPRETACION DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS	
HUMANOS.	61
2.1.4. DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LOS TRATADOS.....	63

CAPITULO III	65
3. LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL	65
3.1 CONCEPTO DE SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO	65
3.2 CLASIFICACION DE LOS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL	65
3.3 ENUNCIADO DE LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	69
3.4 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL	70
3.4.1 DIFERENCIAS CON EL DERECHO INTERNO	70
3.4.2 CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL DERECHO INTERNACIONAL	73
CAPITULO IV	74
4. DERECHO INTERNACIONAL Y SU RELACION CON EL DERECHO INTERNO	75
4.1 CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL	77
4.2 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	77
4.2.1 LA COSTUMBRE.....	79
4.2.2 TRATADOS INTERNACIONALES.....	81
4.2.3 LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO RECONOCIDOS POR LAS NACIONES CIVILIZADAS	81
4.2.4 LAS DECISIONES JUDICIALES	83
4.2.5 LA DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS.....	84
CAPITULO V	85
5. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE EL DERECHO INTERNO	85
5.1 GENERALIDADES	85
5.2 HISTORIA.....	86
5.2.1 EVOLUCION A PARTIR DE LA CARTA DE LA ONU INTERNACIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS	86
5.3 DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO	87
5.4 VINCULO DE DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL	89
5.5 EFECTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO DE LAS CONFERENCIAS DE CODIFICACION	90
5.5.1 EFECTO DECLARATIVO	90
5.5.2 EFECTO CATALIZADOR	90
5.5.3 EFECTO GENERADOR.....	91
5.6 REQUISITOS PARA LA CONSOLIDACION DE UNA NORMA CONSUECUDINARIA QUE TENGA ORIGEN DE UN TRATADO	92
5.7 INTEGRACION EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES	93
5.8 NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL Y SU JERARQUIA	94
5.8.1 EL DERECHO COMUNITARIO Y EL ORDEN PUBLICO COMUNITARIO.....	96
CAPITULO VI.....	97
6. PRESENTACION, DESCRIPCION E INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA ENTREVISTA A ESPECIALISTAS.....	97
6.1 RELACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO	97
6.1.1 EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	97
6.1.2 EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN DERECHO COMPARADO	100
6.1.3 JURISPRUDENCIA	104
6.1.4 SÍNTESIS DEL PRINCIPIO DEL SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	104
6.1.5 PRINCIPIO DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	105
6.1.6 PRINCIPIO DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL COMUNITARIO	106
6.2 PREDOMINIO DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	107

6.3 CONFLICTOS ENTRE EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL DE PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO.....	110
6.4 EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN INTERNA	117
6.5 DEBER DE LOS ESTADOS DE CUMPLIR LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LOS TRATADOS Y DE OTRAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL.....	129
6.6 CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.....	134
6.7 IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD PARA LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	135
6.8 CONTRADICCIÓN ENTRE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL CON LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA	139
6.9 MANERA DE RESOLVER CONFLICTOS ENTRE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA CONSTITUCIÓN	142
6.10 NECESIDAD DE EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA RATIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	146
6.11 JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 183 DE LA CONSTITUCIÓN	151
6.12 PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: UN OBSTÁCULO A LA APLICABILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	153
6.12.1 CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	153
6.12.2 FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	159
6.12.3 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH. EN TORNO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	161
6.13 OTRAS MATERIAS DEL DERECHO DONDE PUEDEN CHOCAR LOS DOS PRINCIPIOS (SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL DE PREMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO)	161
CAPITULO VII	164
7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	164
7.1 CONCLUSIONES.....	164
7.2 RECOMENDACIONES.....	166
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	167
ANEXOS	170

RESUMEN

Cuando se hace referencia a la **Relación entre el Principio de Supremacía Constitucional**, se refiere que la Constitución de la República de El Salvador está sobre las demás leyes internas e incluso por encima de los tratados internacionales, como bien lo manifestaba Hans Kelsen en su Pirámide, al colocar en la cúspide la Constitución de la República y en sucesión las demás leyes. **El Principio de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno** sale a relucir cuando existe conflicto entre los tratados internacionales y las leyes secundarias, en este caso van a prevalecer los tratados ante dichas leyes, porque los tratados internacionales son reconocidos por la Constitución de la República en el artículo 144, y este artículo expresa que los Tratados Internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, una vez hayan sido celebrados y ratificados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales conforme a las disposiciones de este tratado y de la Constitución. El mismo artículo 144 inciso 2º ha establecido la posición de los tratados en el orden jerárquico dentro del sistema jurídico de El Salvador. Los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean éstas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado. De esta manera, mediante el tratado puede derogarse la ley secundaria anterior, pero ninguna legislación secundaria podrá derogar o modificar las disposiciones de un tratado.

Palabras claves: *Derecho Interno, Supremacía Constitucional, Jerarquía, Preeminencia, Derecho, Principio de Supremacía, convencionalidad.*

ABSTRACT

When reference is made to the Relationship between the Principle of Constitutional Supremacy, it refers to the fact that the Constitution of the Republic of El Salvador is above the other internal laws and even above international treaties, as stated by Hans Kelsen in his Pyramid, by placing the Constitution of the Republic at the top and the other laws in succession. The Principle of Preeminence of International Law over Internal Law comes to light when there is conflict between international treaties and secondary laws, in this case the treaties will prevail over said laws, because international treaties are recognized by the Constitution of the Republic in Article 144, and this article states that International Treaties constitute laws of the Republic when they enter into force, once they have been signed and ratified by El Salvador with other states or with international organizations in accordance with the provisions of this treaty and the Constitution. The same article 144 subsection 2 has established the position of the treaties in the hierarchical order within the legal system of El Salvador. Treaties have a higher hierarchy than secondary laws, whether they are prior or subsequent to the validity of the treaty. In this way, by means of the treaty the previous secondary law can be repealed, but no secondary legislation will be able to repeal or modify the provisions of a treaty.

Keywords: Internal Law, Constitutional Supremacy, Hierarchy, Preeminence, Law, Principle of Supremacy, conventionality.

ABREVIATURAS Y SIGLAS ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
CADH.	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CIDH.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIJ.	Corte Suprema de Justicia.
Cn.	Constitución de la República.
Corte IDH.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CVDT.	Convención de Viena Sobre el Derecho de Los Tratados.
DIP.	Derecho Internacional Público.
Inc.	Inciso.
OC.	Opinión Consultiva.
OEA.	Organización de los Estados Americanos.
OIT.	Organización Internacional del Trabajo
ONU.	Organización de las Naciones Unidas.
Pág.	Página.
TDH.	Tratado de Derechos Humanos.

INTRODUCCION

En el presente estudio se desarrolla el tema: Relación Entre El Principio De Supremacía Constitucional y el de Preeminencia Del Derecho Internacional Sobre El Derecho Interno, en donde se hará un análisis en que consiste el principio de la supremacía de la constitución, así mismo se estudiara sobre la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, por cual el fin es determinar de qué manera estos principios se integran para la resolución de conflictos y de qué manera son aplicables, esto cuando ocurre un conflicto entre dichos principios, para tal efecto se estudiara las formas de aplicación de estas normas tanto nacionales como internacionales y así dirimir el conflicto buscando el bien común para tal derecho vulnerado.

Este estudio se desarrolla los siguientes capítulos, los cuales se mencionan a continuación.

En cual inicia con el proyecto de investigación donde en él es integrado por los siguientes elementos que conforman la investigación el planteamiento del problema, la situación problemática, antecedentes del problema, enunciado del problema y la justificación del estudio. Así mismo se incluye os objetivos planteados para el presente estudio, de igual forma los alcances de la investigación. Y el sistema de hipótesis, el diseño metodológico el cual ha sido aplicado al presente estudio.

El Capítulo I denominado como El Derecho Interno y Derecho Internacional, Precisiones Conceptuales, donde se conceptualizan de forma separada el derecho

internacional y el derecho interno, y se hace alusión a la diferencia entre ambos derechos, y su caracterización.

El Capítulo II llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde se definen los tratados internacionales, retomando aquellos tratados y declaraciones que influyen en el derecho interno, produciendo un efecto jurídico en la legislación interna aprobados por los Estados, dentro del cual también se hace alusión al valor de estos tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, del mismo modo se hace referencia a los métodos por los cuales estos pueden ser interpretados.

El Capítulo III cuyo título es Sujetos del Derecho Internacional, donde este capítulo se desarrolla la conceptualización del sujeto de Derecho Internacional. Y de qué forma se clasifican dichos sujetos, así mismo como se caracterizan dichos sujetos en el papel fundamental en el Derecho Internacional, aplicables en el Derecho Interno.

En el Capítulo IV, llamado Derecho Internacional y su Relación con el Derecho Interno, dentro del cual se hace una breve conceptualización del Derecho Internacional, donde aparecen las fuentes que por su naturaleza son del Derecho Internacional, en el cual se hace mención de la Costumbre, los Tratados Internacionales, y aquellos principios que rigen las naciones civilizadas.

En el Capítulo V denominado Derecho Internacional De Los Derechos Humanos ante el Derecho Interno, primeramente se hace alusión a una breve historia de los mismos, y sobre el vínculo del Derecho Internacional Convencional,

y cuáles son los efectos que produce el Derecho Consuetudinario de las conferencias de codificación, y los requisitos para que se pueda consolidar la norma que tenga origen de un tratado, y dentro de este capítulo se aplican las dos teorías que hacen referencia la Supremacía Constitucional y la Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

En el Capítulo VI denominado Presentación, Descripción e Interpretación de los Resultados de las Entrevistas Realizadas a los Especialistas en la materia, donde compartieron su conocimiento sobre el presente estudio

En el Capítulo VII se desarrollan las conclusiones y recomendaciones, que son resultado del presente estudio.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática

El surgimiento de un Estado supone la creación de un sistema legal como uno de sus principales componentes ya que este garantiza el orden específico que asume la nación.

Pero los estados no son entes aislados, forman parte de una comunidad más amplia con la que se relacionan; de modo que se crean dos órdenes legales, a saber: el Derecho interno de los Estados y el Derecho internacional que en circunstancias específicas se complementan y en otras entran en colisión.

Podríamos afirmar que el Derecho interno lo constituyen el conjunto de normas que una nación ha creado para regular las relaciones entre las personas naturales o jurídicas, y el Estado.

Este Derecho se ha creado paralelo a su opuesto que es el Derecho Internacional, que regula las relaciones entre Estados u otros sujetos de derecho internacional.

Entre estos órdenes existen diferencias importantes. El Derecho interno se caracteriza porque sus normas, con carácter general, emanan de instituciones determinadas y se imponen a los ciudadanos, siendo posible la aplicación coactiva. Por el contrario, el Derecho internacional surge de la coordinación y acuerdo entre los diversos sujetos y no existe un mecanismo consolidado de aplicación coactiva del Derecho. Por lo tanto, para que el Derecho internacional

tenga eficacia en los ordenamientos estatales debe producirse la recepción de la norma.

Sobre si el Derecho Interno y el Derecho Internacional conforman dos derechos diferentes o uno solo, se han elaborado dos teorías.

La primera sostiene que el Derecho Internacional y el interno son derechos separados, contactados entre sí, pero no superpuestos, y sus normas no tienen vigencia en forma directa en el otro ordenamiento, salvo que hubieran sido incorporadas al Derecho Interno. Esta es la llamada teoría dualista, sostenida entre otros por Heinrich Triepel (1899), su primer expositor, que afirma que pueden existir normas contradictorias entre el Derecho Interno y el Internacional y ser ambos vigentes.

La teoría monista considera que conforman un único derecho y por lo tanto no acepta contradicción entre ambos, pues en ese caso una de las dos normas debe anularse. La tendencia predominante en la teoría monista, sostenida por, (Verdross., 1980.) es que, en caso de conflicto entre el Derecho Interno y el Internacional, es éste el que debe prevalecer. Este aspecto está reconocido en nuestra Constitución en el Art. 144.- *Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.* (Const., 1983)

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador.

En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado. Esta última línea es contundente, “prevalecerá el Tratado”. Surge el problema de determinar el procedimiento de incorporación de dichas normas internacionales al ordenamiento interno de cada Estado, así como la determinación del rango que ocupan estas normas en dicho ordenamiento.

Pues bien, cuando no hay divergencia entre lo que dispone una norma del Derecho Interno y una de Derecho Internacional no existe problema alguno, pero si una norma de derecho internacional contradice lo ordenado por una disposición de orden interno, en ese caso debe analizarse cuál de estas normas prevalece en su aplicación.

Aparentemente el propio orden jurídico internacional regula la solución aplicable en caso de conflicto entre una de sus normas y una norma de derecho interno de un Estado. La Declaración de derechos y deberes de los Estados, en su artículo 13, dispone: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber”. (ONU, 1949)

Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 prevé, en su artículo 27, que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ONU, 1969).

Por otro lado, al parecer la tendencia general de los juristas es resolver en apego a la Constitución.

Lo que sí parece probable es que exista contradicción entre un instrumento internacional con la Constitución de la República. En ese caso está el problema ¿cuál es el camino a seguir para resolverlo?

Entonces, ¿que debe prevalecer? la Supremacía Constitucional frente al derecho internacional, o es el caso contrario, prima el Derecho Internacional sobre el derecho interno de un Estado incluyendo a la norma fundamental de este.

Esta situación interesa aclarar para encontrar luz en la relación entre el Derecho Interno y su ejercicio de la soberanía y el Derecho Internacional como un supra poder de la Comunidad Internacional.

2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

De acuerdo a lo planteado por diversos autores, la fuente formal del Derecho Constitucional surgió en reacción al absolutismo, como un medio de técnica jurídica para que los gobernantes tuvieran un límite en su acción, contrario a lo que pasaba con el poder soberano de los monarcas. Este es un aporte de la ilustración a la construcción de la nueva república.

La jerarquía de las normas constitucionales dentro de un régimen jurídico, es lo que se llama **supremacía constitucional**, es decir que las leyes que se dicten deben de armonizar con la constitución sin embargo cuando hablamos de la

relación que existe entre la constitución y los tratados internacionales lo podemos ver de la siguiente forma:

Lo relacionado a los tratados internacionales se regulaba con anterioridad a la Constitución de 1983. A partir del año 1939, donde dejó de tener vigencia la constitución de 1886; hasta el año de 1983, año en que entrara en vigor la Constitución actual.

En las constituciones de la república de 1939, 1945, 1950 y 1962, se regulaba de forma similar las cuestiones relacionadas a los tratados Internacionales. No existió mucha diferencia en el tratamiento de estos.

En las constituciones señaladas, a excepción de la de 1945 había una disposición que expresaba “ninguno de los poderes constituidos podrá celebrar o aprobar tratados o convenciones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno establecida, o se menoscabe la integridad nacional,” esto se encontraba en los artículos 5 de la constitución de 1939, artículo 8 de la de 1950 y artículo 9 de la de 1962.

También en todas las constituciones se encontraba en las atribuciones de la asamblea nacional en la constitución de 1939, del poder legislativo en la de 1945 y de la asamblea legislativa en las constituciones de 1950 y 1962; ratificar o desaprobar los tratados o pactos que celebre el ejecutivo con otras Naciones; no pudiendo ser ratificados en ningún caso los tratados o convenciones en que de alguna manera se restrinjan o afecten las disposiciones constitucionales. Lo que varía en esta disposición constitucional es que en la constitución de la república de

1945 además de mencionar que no se pueden ratificar los tratados o convenciones en que de alguna manera restrinjan o afecten disposiciones constitucionales agrega la no vulneración del derecho a la insurrección.

Siempre relacionado a la ratificación de los tratados internacionales, existía una variación al quórum para ser aprobado tratado o pacto en que se sujetara a arbitraje un asunto relativo a los límites de la república, pero solo entre las constituciones de 1939 y las de 1950 y 1962. En la constitución de 1939 para la aprobación de los mismos se requería el voto favorable de las dos terceras partes, por lo menos de los diputados electos; en cambio en las constituciones de 1950 y 1962 se necesitaba el voto de las tres cuartas partes, por lo menos, de los diputados electos. Esta disposición no aparecía en la constitución de 1945.

Lo que se regulaba de forma igual en todas las constituciones señaladas era la facultad del poder ejecutivo de celebrar tratados y convenios internacionales sobre cualquier materia, sometiéndolos a la ratificación del poder legislativo, y vigilar su cumplimiento.

Después de la Constitución de 1983 a diferencia de las Constituciones analizadas anteriormente, La Constitución actual, tiene una sección en la que se desarrolla específicamente lo correspondiente a los tratados internacionales.

Los tratados internacionales son reconocidos por la Constitución de la Republica en el artículo 144, este articulo expresa que constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, los tratados internacionales celebrados por El

Salvador con otros estados o con organismos internacionales conforme a las disposiciones de este tratado y de la Constitución.

El mismo artículo 144 inciso 2º ha establecido la posición de los tratados en el orden jerárquico dentro del sistema jurídico de El Salvador. Los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias, sean éstas anteriores o posteriores a la vigencia del tratado. De esta manera, mediante el tratado puede derogarse la ley secundaria anterior, pero ninguna legislación secundaria podrá derogar o modificar las disposiciones de un tratado. Esto ya lo dejó claro el constituyente, “en caso de conflicto entre ambos, prevalecerá el tratado”.

La situación es diferente cuando existe conflicto entre la constitución y los tratados internacionales. En este caso, del artículo 149 se entiende que la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales. *La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.*

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

La Comisión del estudio del proyecto de Constitución de 1983 en la redacción del artículo 149 basó sus puntos de vista en los siguientes argumentos:

1) Acepta como principio el de la supremacía de la Constitución en el territorio de El Salvador, puesto que no concibe que mediante la violación de la propia

Constitución pueda sobreponerse otro orden jurídico distinto que obligue a los tribunales nacionales.

2) El admitir que los tratados pueden tener una jerarquía superior al orden constitucional equivale a abrir la puerta para que pueda modificarse la Constitución sin las formalidades en ella previstas. A manera de ejemplo: Si llegara a ratificarse con todas las formalidades constitucionales un tratado en que se establezca la extradición de salvadoreños, y si no se deja claramente consignada la supremacía de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia o el tribunal correspondiente, podría, basado en la teoría de la supremacía del Derecho Internacional, conceder esta extradición. Casos similares puede sucederse en las materias relativas a la soberanía, al territorio, a los derechos humanos y a cualquier otro aspecto constitucional.

3) La Comisión reconoce que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, el cumplimiento por parte de El Salvador de un tratado celebrado de buena fe con otra parte, y que es contrario a los preceptos constitucionales salvadoreños, da derecho a una reclamación internacional de reparación por dicho incumplimiento, en los términos aceptados por el propio Derecho Internacional que regula esta situación.

Recepción de los Tratados Internacionales dentro del derecho salvadoreño.

En El Salvador tanto el Órgano Ejecutivo como el Legislativo participan en la celebración y ratificación de los tratados internacionales.

De acuerdo con el artículo 168 ordinal 4º de la Constitución Salvadoreña es una atribución del presidente de la Republica el Celebrar Tratados y Convenciones Internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento.

Conforme a lo anterior, podría decirse que el Órgano Ejecutivo, está facultado para celebrar tratados y convenciones internacionales; y dentro de él está el Ministerio de Relaciones Exteriores quienes son los que profundizan esta materia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador es una institución gubernamental que tiene como misión ejercer relaciones diplomáticas, promotoras del desarrollo y la cooperación; así como las relaciones consulares que promueven la protección de los derechos de salvadoreños en el exterior.

Por lo tanto y conforme al artículo 32 ordinal 2º del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo el Ministerio de Relaciones Exteriores también está facultado para gestionar, negociar y firmar tratados, convenciones y acuerdos internacionales, oyendo la opinión de la secretaria interesada por razón de la materia cuando fuere el caso.

2.1.1 Enunciado del Problema

Ante la situación expuesta, como equipo nos planteamos el siguiente enunciado:

¿Cuándo debe resolverse un litigio en el que se plantee un conflicto entre el derecho interno y el derecho Internacional, que debe prevalecer, ¿la Supremacía Constitucional frente al derecho internacional, o es el caso contrario, prima el Derecho Internacional?

2.1.2 Problemas Específicos

¿Qué efectos jurídicos produce un instrumento internacional en la legislación interna?

¿Cómo se resuelve un litigio en el que exista contradicción entre un instrumento internacional y la Constitución de la República u otras normas internas?

¿Como se produce el predominio entre los principios, de Supremacía Constitucional y de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno?

3. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La evolución de la vida social ha ido planteando cada vez más la necesidad de reconocer dos órdenes regulatorios que, por un lado, reconoce la soberanía de los pueblos para autogobernarse y, por tanto, emitir sus propias leyes para tal efecto, dando lugar al Derecho Interno. Por otro lado, cada Estado queda vinculado al resto de Estados no solo debido a sus relaciones económicas diplomáticas, culturales etc. Sino que forman una comunidad que conviene regirse por normas extraterritoriales, dando lugar al Derecho Internacional.

Este estudio, surge de la necesidad de comprender mejor como se produce la relación entre estos dos órdenes normativos y la manera específica en que son utilizados para dirimir conflictos.

Para el equipo de investigación, el tema es importante porque nos permite profundizar en la manera en cómo se relacionan en la práctica dos áreas de nuestra formación; por un lado, el Derecho Constitucional, del que resalta el interés por comprender el significado y las implicaciones del Principio de Supremacía Constitucional y por el otro el Derecho Internacional Público, en el que nos interesa precisar cómo se produce la relación que conduce a considerar y aplicar el Principio de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

Por otro lado, consideramos por demás relevante realizar esta investigación ya que con ella tenemos la oportunidad de aportar a la orientación del público interesado, ya que a partir de las consultas con los agentes intervinientes en los conflictos en que esté presente este contraste de los principios mencionados, - entre ellos los operadores de justicia-, nos permitirían difundir las experiencias de aplicación práctica de los mencionados ordenes jurídicos: Derecho Interno y Derecho Internacional. Y como nos parece que no toda la población comprende con toda claridad esta relación, este estudio buscaría contribuir principalmente con la comunidad jurídica para su formación o discusión permanente que mejore cada día más la comprensión de los marcos legales con los que se administra la justicia.

Finalmente, como el estudio buscará recopilar experiencia en el conocimiento del tema, tiene implicaciones prácticas para quienes interesados en la justicia accedan a jurisprudencia que se haya producido en la materia, así como a doctrina que se pueda encontrar y exponer para la comunidad jurídica.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo General.

Determinar la relación entre el principio de supremacía constitucional y el principio de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, en la resolución de litigios en el que ambos sistemas legales puedan ser invocados.

4.2 Objetivos Específicos.

- 1- Establecer si un instrumento internacional produce efectos jurídicos en la legislación interna.
- 2- Describir cómo se resuelve un litigio en el que exista contradicción entre un instrumento internacional y la Constitución de la República u otras normas internas.
- 3- Comprobar con Jurisprudencia como se produce el predominio entre los principios, de Supremacía Constitucional y de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno.

5. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN

5.1 Alcance Jurídico

La presente investigación contiene fuentes del derecho donde se extrae información sobre la relación existente entre el principio de supremacía constitucional y el principio de preeminencia del Derecho Internacional.

Como punto referencial encontramos que dicha relación entre el principio de supremacía constitucional y el principio de preeminencia del Derecho Internacional es la misma Constitución de la República en el art 144, que literalmente establece: *“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigor, conforme a las disposiciones de este tratado y de esta Constitución”*.

En este artículo en dicho inciso primero, el carácter vinculante del Estado al ratificar un tratado internacional, reconociendo como ley de la República de cumplimiento obligatorio en El Salvador y de tal forma se hace la advertencia en su inciso segundo parte final “En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”

Es decir que el tratado acoge una postura antes que la ley y una después de la Constitución, el dilema radica en que el modo de hacer valer el Tratado en caso de conflicto, pues, no se cuentan con los mecanismos adecuados y la costumbre judicial de hacer un análisis de la ley contra tratados, y en caso de solicitarlo alguna parte le es negado bajo el argumento de que el tratado internacional es ley de la República y conforme al artículo 144 a ser ley de la

república, y aunado a este se respalda aparentemente por lo establecido en el artículo 246 de la Constitución que manifiesta la supremacía constitucional sobre la ley y demás normas del ordenamiento jurídico.

De este modo es como se pretende explicar cuál es el origen de la relación existente entre el principio de supremacía constitucional y el de preeminencia del Derecho internacional, en donde fijamos como parámetro y fundamento jurídico la Constitución de la República donde explícitamente nos deja reflejado la relación existente entre estos dos principios, es por eso que en esta investigación nos servirá como base fundamental para determinar cómo se da dicha relación y de igual forma que existiendo una contradicción entre la constitución o ley de la republica contra un tratado internacional de qué forma nuestra constitución solventa la problemática haciendo referencia a lo establecido en el Artículo 246 de la constitución.

A si mismo se cita la Declaración de derechos y deberes de los Estados, en su artículo 13, dispone: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber”.

5.2 Alcance Teórico

TEORIA DUALISTA:

En esta teoría los sostenedores de la escuela dualista entendían que el derecho internacional no se podía imponer directamente en los países, sin una

previa adecuación o incorporación al sistema interno. El fundamento basilar que ha tenido en cuenta para ello era que el hombre en tanto sujeto del derecho internacional podía utilizar mal sus normas sin una pertinente anexión doméstica.

Por lo tanto, los creadores de la escuela dualista, tanto Triepel, como Anzilotti, entendía que existía una perfecta dicotomía entre ambos sectores, a tal punto que el primero de los juristas citados comparaba el derecho internacional con un mariscal de campo que podía impartir órdenes a sus generales, pero no a los soldados. Desde esa perspectiva los individuos nunca eran beneficiarios de las reglas de dicha disciplina, ya que solo los Estados tenían legitimación y, por ende, para que ellas alcanzaran al hombre, debían ser transformadas por las legislaciones domésticas.

TEORIA MONISTA:

En esta teoría los monistas pensaban que los preceptos supranacionales podían utilizarlos directamente por los países, sin ninguna adaptación. Se trata, dice Kelsen de las ramas del mismo ordenamiento, pues el derecho interno y el internacional se comunica entre sí, forman un todo inescindible. Es esta la corriente mayoritaria que ha sido impulsada por el citado autor austriaco, y a la que describen, además, Scelle Kunz, y Vedross, entre otros.

Sin embargo, la cuestión no es tan diáfana ni acotada como en forma ejemplificativa la hemos tratado de explicar aquí, pues no todas las reglas trasnacionales pueden ponerse en vigencia directamente en el sector doméstico,

algunas por su naturaleza, necesitan indefectiblemente de una palanca que les de operatividad del ámbito local.

5.3 Alcance Temporal

En esta presente investigación se tomará como periodo de estudio desde año 2017 hasta junio de 2019, con el propósito de realizar un análisis sobre la relación del principio de supremacía constitucional y el de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.

Se desarrollará un estudio sistematizado desde dicha fecha hasta la actualidad tendiente a identificar y determinar la relación antes mencionada es decir de cómo se da ya en el marco jurídico salvadoreño la aplicación del principio de supremacía constitucional y así mismo la aplicabilidad del derecho internacional en las resoluciones judiciales dentro de nuestro territorio.

5.4 Alcance Espacial

Para realizar la presente investigación se determinará un espacio socio-grafico dentro del cual se estudiará la relación existente entre el principio de supremacía constitucional y el de preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno. Para el análisis del Derecho Internacional y de Derecho comparado, se considerará preferentemente, el espacio Latinoamericano y regional Centroamericano, con énfasis en El Salvador.

A efectos de realizar el estudio y las consultas a profesionales del Derecho, se establecerá como espacio geográfico de la investigación el municipio de San Miguel, donde se recopilará la información, debido a que

es la forma más viable para obtener la información requerida de una manera accesible, ya que en dicha ciudad se encuentran profesionales con experticia sobre el tema y la relación entre la supremacía constitucional y la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.

6. SISTEMA DE HIPÓTESIS

6.1 Hipótesis General

En las resoluciones judiciales prevalece el principio de supremacía constitucional sobre el de preeminencia del derecho internacional

6.2 Hipótesis Específicas

Los instrumentos internacionales producen efectos jurídicos en la legislación interna.

En la Jurisprudencia se evidencia el predominio del principio de supremacía constitucional sobre el derecho internacional.

6.3 Operacionalización de Variables

Tabla N° 1

Objetivo General	Determinar la relación entre el principio de supremacía constitucional y el principio de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, en la resolución de litigios en el que ambos sistemas legales puedan ser invocados.	
Hipótesis General	En las resoluciones judiciales prevalece el principio de supremacía constitucional sobre el derecho internacional.	
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
Principio de supremacía constitucional	Es un principio teórico del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.	<ul style="list-style-type: none"> • CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA
Derecho internacional.	“Conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional	<ul style="list-style-type: none"> • DECLARACIONES • PACTOS • PROTOCOLOS • CONVENSIONES • TRATADOS
Resolución judicial	Cualquiera de las decisiones, desde las de mero trámite hasta la sentencia definitiva, que dicta un juez o tribunal en causa contenciosa o en expediente de jurisdicción voluntaria. En principio se adoptan por escrito, salvo algunas de orden secundario que se adaptan verbalmente en las vistas o audiencias, de las cuales cabe tomar	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia. • Auto. • Decreto.

Tabla N° 2

Objetivos Específicos 1	1- Establecer si un instrumento internacional produce efectos jurídicos en la legislación interna.	
Hipótesis Específica 1	Los instrumentos internacionales producen efectos jurídicos en la legislación interna.	
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
Instrumento internacional	Se refiere a todo acuerdo, pacto, tratado, protocolo, convenio o convención suscrito entre dos o más Estados o sujetos de derecho internacional , y que crea obligaciones jurídicas para sus firmantes.	<ul style="list-style-type: none"> • DECLARACIONES • PACTOS • PROTOCOLOS • CONVENSIONES • TRATADOS
Legislación interna	<p>Es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre individuos o instituciones o de éstos con el Estado.</p> <p>Este Derecho se establece en contraposición al Derecho Internacional, que regula las relaciones entre Estados u otros sujetos de derecho internacional.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • CONSTITUCIÓN • CODIGOS • REGLAMENTOS • ORDENANZAS • MANUALES

Tabla N° 3

Objetivos Específicos 2	2- Describir cómo se resuelve un litigio en el que exista contradicción entre un instrumento internacional y la Constitución de la República u otras normas internas.	
Hipótesis Específica 2	En la Jurisprudencia se evidencia el predominio del principio de supremacía constitucional sobre el derecho internacional.	
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
Principio de Supremacía Constitucional	Es un principio teórico del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República de El Salvador
Derecho internacional.	“Conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional	<ul style="list-style-type: none"> • DECLARACIONES • PACTOS • PROTOCOLOS • CONVENSIONES • TRATADOS

Tabla N° 4

Objetivos Específicos 3	Comprobar con Jurisprudencia como se produce el predominio entre los principios, de Supremacía Constitucional y de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno.	
Hipótesis Específica 2	En la Jurisprudencia se evidencia el predominio del principio de supremacía constitucional sobre el derecho internacional.	
VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
Jurisprudencia	Se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción.	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencias
Principio de Supremacía Constitucional	Es un principio teórico del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de la República de El Salvador.
Principio de preeminencia del derecho internacional	En Derecho, se utiliza el término para referirse a la preeminencia del derecho internacional, sobre el Derecho interno. De esta forma se quiere expresar que, en una eventual colisión entre el Derecho Interno y el Derecho internacional, expresado en instrumentos internacionales como los tratados suscritos por los Estados, Convenciones, Pactos, etc, o ante situaciones políticas, económicas o sociales de cierto tipo que se considera que atenten con los derechos humanos, laborales o de otro tipo, debe primar el derecho internacional en pro del bienestar de las personas afectadas.	<ul style="list-style-type: none"> • Art.27 Convención de Viena • Art 144 inc. 2° Cn

7. DISEÑO METODOLÓGICO

7.1 Tipo de Investigación

El equipo de investigación ha considerado desarrollar una Investigación Dogmático-Jurídica, ya que por la naturaleza del tema la consideramos la más apropiada. Por lo que se define a continuación:

La Investigación dogmático-jurídica es llamada también investigación formal-jurídica, formalista-jurídica, conceptual-jurídica, teórica-jurídica, o simplemente dogmática.

Este tipo de estudios analiza a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico- por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo.

En los estudios de dogmática jurídica se investiga “lo que los humanos dicen que hacen con el derecho” (Witker 1995, 4), a través de técnica de la entrevista y se los conoce como dogmáticos porque en nuestra disciplina la norma jurídica es considerada un dogma (Díaz 1998, 159). Este tipo de estudios se conecta con el tema de la validez de las normas jurídicas (tal y como se labora en la construcción del fenómeno jurídico) (vid. Bobbio 2013, 20 y ss.), es decir, aquí el punto gira en torno a saber si el ordenamiento jurídico es o no válido, sin entrar en detalles sobre su eficacia o legitimidad.

Ahora bien, como se sabe, las normas jurídicas pueden proceder formalmente de la legislación (normas jurídicas legislativas), la jurisprudencia (normas jurídicas

jurisprudenciales), la costumbre (normas jurídicas consuetudinarias), la doctrina (normas jurídicas doctrinarias), los negocios, y los principios generales del derecho (normas jurídicas principales); por consiguiente, en este tipo de investigación se estudian a detalle las normas jurídicas procedentes de estas fuentes formales.

Mejor dicho, como aquí se estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico- un estudio dogmático se basa, esencialmente, en la legislación y la doctrina como fuentes del derecho objetivo, y eventualmente comprendería algún precedente vinculante, en tanto, tiene similar fundamento y efectos que la legislación.

Lo que se pretende es desarrollar un estudio normativo o dogmático, ya que este, describe, analiza, interpreta y aplica normas jurídicas; para ello, conoce y estudia las normas jurídicas.

Desde el punto de vista del Origen de la información diremos que esta es también, Investigación Documental: Como se pretende analizar doctrina y jurisprudencia, y este tipo de investigaciones, en derecho son conocidas como aquellas que guardan relación con las fuentes bibliográficas y/o documentales en el campo jurídico, están asociadas con el análisis exegético (interpretar) de la teoría jurídica.

Investigación Cualitativa: Por el enfoque y la naturaleza de las técnicas a utilizar la investigación es también cualitativa, ya que el énfasis no se toma en manejos numéricos, de tipo estadístico, ni estudios de tipo encuesta, sino más bien en comprender procesos y describir características y los contextos en los que se

desarrollan. Por tanto este estudio se ha desarrollado bajo un paradigma hermenéutico, también denominado Interpretativo, basado en la interpretación que de la dogmática hacen los especialistas consultados para tal efecto.

7.2 Población

Como no se trata de un estudio con enfoque cuantitativo o basados en encuestas, no se plantea una población estadística, más bien, la población de estudio en general la constituye los conocedores del tema, o por lo menos especialistas en ciencias jurídicas que sepan de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, además de Derecho procesal, dadas las implicaciones judiciales que la temática supone.

7.3 Muestra

Las primeras acciones para elegir la muestra ocurren desde el planteamiento mismo y cuando seleccionamos el contexto, en el cual esperamos encontrar los casos que nos interesan, teniendo claro que, por casos, nos referimos a personas conocedoras del tema. En las investigaciones cualitativas nos preguntamos qué casos nos interesan inicialmente y dónde podemos encontrarlos.

Ahora, debemos elegir los casos y contactarlos para lograr su consentimiento Lo que se busca en la indagación cualitativa es profundidad. Nos conciernen casos o unidades que nos ayuden a entender el fenómeno de estudio y a responder a las preguntas de investigación, por lo que nos conviene desarrollar un muestreo de expertos.

Aunque esto suponga la determinación de tipos de casos o unidades de análisis que se encuentran en el ambiente o contexto, de los que consideramos tener una muestra de 7 a 8 personas conocedoras del tema, con quienes se aborde en profundidad.

La muestra de expertos: En nuestro estudio es necesaria la opinión de expertos en el tema, pues se considera que son los participantes idóneos para abordarlo.

Criterios Para Establecer la Muestra

Las personas que formen parte de la muestra pueden ser, abogados constitucionalistas, Abogados en ejercicio libre de la profesión, Jueces, Magistrados y el criterio es que conozcan del tema y que expresen voluntariamente su intención de colaborar con el estudio, además se incluyen, conocedores de Derecho internacional y de Derechos Humanos.

Tipo de Muestreo

El muestreo desarrollado es no probabilístico o dirigido, cuya finalidad no es la generalización en términos de probabilidad. También se les conoce como “guiado por uno o varios propósitos”, pues la elección de los elementos depende de razones relacionadas con las características de la investigación (Ragin, 2013, Saumure y Given, 2008 a y Palys, 2008, Citados por Sampieri y Otros 2014). En los estudios con enfoque cualitativo el tamaño de muestra no es importante desde una perspectiva probabilística, pues el interés del investigador no es generalizar los resultados de su estudio a una

población más amplia sino como hemos dicho, comprender procesos y describir características y los contextos en los que se desarrollan.

Si propusiésemos una manera de escoger a los especialistas podemos estratificarlos de la manera siguiente, Profesores especialistas en Derecho internacional público y Derecho constitucional, Jueces de la República y abogados litigantes.

7.4 Métodos, Técnicas e Instrumentos de Investigación

7.4.1 Métodos

Como es menester revisar las normas jurídicas consideramos pertinente desarrollarlo a través del Método exegético que es el estudio de las normas jurídicas civiles artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador. (Quisbert, E. 2018)

Además, por el análisis de documentos como la jurisprudencia que se encuentre sobre el tema, así como la doctrina, convenimos hacerlo a través del Método de la **Hermenéutica jurídica**: Particularmente en lo relativo a la aplicación del derecho y la actividad hermenéutica de los operadores jurídicos.

Método interlocutorio: este método está relacionado con la necesidad expresa de Interlocución o dialogo, a través de las entrevistas propuestas con expertos.

7.4.2 Técnicas de Investigación

La Revisión Bibliográfica

Esta técnica es de rigor pues se requiere revisar toda la información contenida en libros, revistas especializadas, periódicos o boletines, revistas electrónicas, “blogs” en internet y cualquier fuente escrita que ayude a explicar el tema.

La entrevista

Se define como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados).

En la entrevista, a través de las preguntas y respuestas se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema (Janesick, 1998). (Citado por Sampieri y Otros 2014). Esa es la expectativa que el equipo tiene respecto a los aportes de los entrevistados lograr comprender como a partir de su interpretación jurídica explican la relación entre ambos principios, y como se resuelven los conflictos.

Las entrevistas se dividen en estructuradas, semiestructuradas y no estructuradas o abiertas (Ryen, 2013; y Grinnell y Unrau, 2011). En las primeras, el entrevistador realiza su labor siguiendo una guía de preguntas específicas y se sujeta exclusivamente a ésta (el instrumento prescribe qué cuestiones se preguntarán y en qué orden). Las entrevistas a desarrollar serán en el orden, semiestructuradas que se basan en una guía de preguntas o asuntos y el entrevistador tiene la libertad de introducir preguntas adicionales para precisar conceptos u obtener mayor información.

Como hemos señalado, necesitamos comprender y hacer entendible el tema a través de los expertos. Por lo que consideramos como muy apropiada esta técnica.

7.4.3 Instrumentos de Investigación

Guías de entrevista

Se desarrollaron guías de entrevista semiestructurada, ya que aun cuando se defina las categorías o variables básicas sobre las que se consultará a los entrevistados, se deja libre la posibilidad de incorporar otras preguntas que se deriven del mismo discurso del entrevistado, con el fin de que profundice sobre los aspectos abordados.

Procedimiento

Realización de las entrevistas: las entrevistas se desarrollarán previa la coordinación y solicitud de audiencia con las personas a ser entrevistadas. Se les hace saber sobre el tema de investigación y los objetivos de la misma, además de obtener su consentimiento informado.

Procesamiento de los datos: Como gran parte de la información proviene de entrevistas, el procedimiento a seguir es procesar la información desarrollando las categorías básicas del estudio y reconstruyendo el discurso de los expertos consultados. De cómo se presentarán o se organizarán al momento de analizarlas.

Consideraciones Éticas

La información obtenida a partir de entrevistas, guardará la confidencialidad de los participantes en el estudio que así lo expresen. Se proveerá información acerca del consentimiento libre e informado de los participantes, preferentemente por escrito aunque se puede obtener de forma verbal, si así lo prefiere el entrevistado. Se establece que el equipo investigador no hará público ningún tipo de información acerca del entrevistado, si este así lo expresa.

CAPITULO I: DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL, PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1 Concepto de Derecho Interno y Derecho Internacional

1.1.1 Concepto de Derecho Internacional

De acuerdo con el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Osorio, con diferentes referencias, se entiende el Derecho Internacional como “Conjunto de normas que rigen la relación de los Estados entre sí y también las de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, tienen personalidad internacional (Podestá Costa). Estudio de la estructura jurídica de la comunidad internacional, considerada como una sociedad compuesta de sujetos de Derecho Público, Estados, asociaciones, colectividades y hombres, vinculados entre sí conforme a principios y normas de naturaleza jurídica (Díaz Cisneros). Jitta expresa que el Derecho Internacional Público “no es solamente un conjunto de relaciones entre Estados; es el Derecho Público considerado

desde el punto de vista de una comunidad jurídica mayor que una nación, comunidad que, en su acepción más amplia, abraza la especie humana”.

Constituye un tema doctrinalmente discutido si a las relaciones entre Estados, y entre éstos y las entidades mencionadas en las definiciones precedentes, se les puede aplicar el nombre o el concepto que corresponde al Derecho. En gran medida, la respuesta negativa o afirmativa dependerá del pensamiento que se tenga acerca de si la coacción y la coercibilidad son o no requisitos esenciales del Derecho (v.) tema planteado en esa voz genérica. Al Derecho Internacional Público suele llamárselo también, con propiedad muy discutida, Derecho de Gentes (v.). (Ossorio, M., 1995)

Según el jurista Sergio Peña el derecho internacional es “Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre sujetos del Derecho internacional público y además, algunos actores internacionales así como sujetos u objetos de derecho a nivel nacional”. (Peña, S. 2011 p.12)

Para Benadava S. “Es el derecho que rige las relaciones de la sociedad internacional, es el orden jurídico de la comunidad de Estados, es decir, el conjunto de reglas y principios que rigen las relaciones entre Estados”. (Benadava, S. 1993.)

Para Accioly H. el Derecho Internacional Público es “el conjunto de reglas o principios destinados a regir los derechos y deberes internacionales, tanto de los Estados y de ciertos organismos interestatales, como de los individuos”. (Accioly, H. 1958, p.17)

Abelardo Torr  lo considera “como aquel que rige las relaciones de los estados entre sí y también las de estos con ciertas entidades que, sin ser estados, tienen personalidad internacional, en cuanto tienen derecho y deberes internacionales”. (Torr , A. 2011 p. 627)

1.1.2 Concepto de Derecho Interno

Tan elemental como parece, definir lo que se entiende por Derecho interno, no ha sido de mucha preocupación doctrinaria. De manera que, siendo una expresión bastante común, principalmente en la reflexión de la relación con el Derecho Internacional, muchos juristas principalmente provenientes de materia de Derechos Humanos, tratan distintos aspectos como la recepción de los Tratados internacionales en el Derecho interno, o el bloque de constitucionalidad de los instrumentos internacionales y el derecho interno, sin embargo, casi nunca definen lo que a sí se entenderá por tal.

Dicho lo anterior, se ha podido encontrar una definición adecuada en el aporte de López Zamarripa, cuando afirma: *“El Derecho Interno o estatal es aquel cuya validez está limitada al territorio del Estado y que no se encuentre subordinado a ningún orden jurídico superior. El orden jurídico de un Estado, estará constituido por las normas que, de acuerdo con la norma constitucional*

básica, sean válidas en el espacio definido como territorio del Estado”.

(Zamarripa, N. 2018, p.13)

De acuerdo con esta definición, todo el derecho producido por un Estado para autorregularse sin que una autoridad externa se le sobreponga, constituiría derecho interno.

En esta misma lógica, encontramos la definición de Franciskovic M.,(2019, p. 197) cuando afirma: El Derecho Interno *“Es el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas internas que se desarrollan dentro de las fronteras de los Estados, dentro de los límites territoriales de los Estados”.*

Podemos concluir entonces, que se puede entender así al Derecho Interno como el conjunto de normas jurídicas que ordenan las relaciones sociales entre los particulares y el Estado; siendo estas de obligatorio cumplimiento y adaptadas a la sociedad que pretende regir.

1.1.3 Diferencias Entre Ambas Ramas

En el sitio (La Comunidad del Conocimiento, 2019) se desarrolla una explicación que se podría considerar válida, en los siguientes términos: Tal como ya ha sido explicado, las diferencias entre derecho internacional y derecho interno son múltiples, puesto que tanto su ámbito de aplicación como su nacimiento son diferentes. Es por esto que resaltaremos las diferencias fundamentales que estos dos derechos poseen:

1.1.4 Poder Legislativo

Estos pensadores afirman que *“una de las más primordiales diferencias entre derecho internacional y derecho interno es que en el derecho interno, los sujetos que la Ley regula (especialmente los particulares) no tienen la capacidad de redactar las normativas que serán aplicables para su propio desenvolvimiento, debido a que el único con poder para redactar Leyes es el Poder Legislativo, y de forma excepcional y bajo una gama especial de materias, el Poder Ejecutivo”*. (La Comunidad del Conocimiento, 2019), Esto es así, Particularmente en forma de decretos.

En el derecho internacional, por su parte, los sujetos principales y típicos son los mismos que se encargan de redactar las normas que les serán aplicadas. Esto quiere decir que los Estados, y a veces también las organizaciones internacionales, son las encargadas de elaborar las normas (tratados internacionales) que regularán sus relaciones.

Las normativas que nacen del derecho internacional tienden a caracterizarse por ser normativas laxas, ya que estas no pueden afectar los intereses propios del Estado. Un ejemplo de esta diferencia es que ningún ciudadano participa directamente en la redacción de la reforma del Código de Procedimiento Civil, ya que esto lo realiza el Poder Legislativo. (La Comunidad del Conocimiento, 2019). Pero los Estados pueden participar de la redacción de una declaración, una Convención, un tratado, etc.

1.1.5 Poder Coactivo

El derecho interno, afirman los citados académicos, tiene la característica primordial de que sus normas jurídicas, en todos sus niveles y sin excepción, tienen un carácter coactivo, lo que significa que son de obligatorio cumplimiento para todas las personas, o para el grupo de personas para el que se ha creado la norma. Una de las diferencias entre derecho internacional y derecho interno es que este poder coactivo no existe en casi ningún ámbito o materia del derecho internacional. (La Comunidad del Conocimiento, 2019)

El derecho internacional es un ordenamiento jurídico eminentemente voluntarista, lo que significa que su aplicación dependerá de la voluntad de los Estados. El carácter voluntarista llega hasta el acceso a tribunales internacionales, ya que los mismos Estados deciden si aceptar o no la jurisdicción de estos o siquiera si estar sometidos o no a los tratados internacionales.

Un ejemplo es que un Estado decida no seguir lo establecido en algún tratado internacional que haya firmado, los demás Estados no pueden obligar a este a su cumplimiento o aplicación de forma directa. En el derecho interno, una persona no tiene derecho a decidir ni puede estar exento de cumplir una norma, a menos que la misma así lo establezca.

1.1.6 Recusación

La última de las diferencias primordiales entre derecho internacional y derecho interno es la capacidad de recusación. En el derecho internacional, los Estados pueden

excluirse del cumplimiento o aplicación de alguna norma establecida dentro de los tratados internacionales que haya firmado a través de una reserva, mientras que en el derecho interno, no puede excluirse la aplicación del derecho doméstico. (La Comunidad del Conocimiento, 2019).

Podemos decir, en síntesis, que el Derecho Internacional es aquel conjunto de normas jurídicas realizadas por los sujetos de este derecho (Estados, Organizaciones internacionales, entre otros) para el mantenimiento y regulación de las relaciones entre sí mismos. El derecho interno, por su parte, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares de un Estado en específico y entre los particulares y el mismo Estado.

CAPITULO II: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 Concepto y denominaciones de los tratados internacionales

En el art. 1 de la convención de Viena sobre el derecho de los tratados define el término “tratado”, como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” (Convención de Viena, ONU, 1969).

Para reconocidos autores de la doctrina del derecho internacional público los tratados internacionales constituyen “un negocio jurídico con características propias debido a la categoría de sujetos que en el intervienen y a otras peculiaridades.

Según Jiménez de Arechaga, un tratado internacional es “toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del derecho internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho.” (Jiménez de Arechaga, 1959)

Para Max Sorensen un tratado internacional es *“un acuerdo entre estados que obliga en virtud del principio pacta sunt servanda”*. Para este autor el tratado constituye “la fuente específica de una obligación de derecho internacional contraída voluntariamente por una persona internacional a favor de otro u otras, y que da origen a su vez, a derechos recíprocos.” (1981)

Como afirma Florentín Meléndez (2008) *“es importante aclarar que se reserva la denominación de tratado para los acuerdos celebrados entre estados o sujetos del derecho internacional, que es precisamente el sistema jurídico que los rige”*. p18

Cabe hacer notar que el concepto de tratado ha evolucionado en el campo del derecho internacional público -particular-, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario, y en el derecho internacional penal, en los cuales el objeto y fin de los tratados difiere de los tratados de derecho internacional público general, así como también difieren los sujetos o destinatarios de sus normas. Según estos sistemas internacionales se considera ya a la persona humana como destinataria de los efectos jurídicos derivados de tratados internacionales específicos como son los tratados sobre derechos humanos y derecho humanitario.

Puede mencionarse que los tratados internacionales, independientemente de la materia que regulen, son conocidos con distintas denominaciones, a saber: acuerdo, carta, convenio, convención, pacto, protocolo, compromiso, concordato, *modus vivendi*, estatuto etc.; y en todos los casos, la denominación con la que se les identifique por los estados constituye instrumentos jurídicamente vinculantes para las partes contratantes. Meléndez F. (2008, p18).

Así por ejemplo, se pueden mencionar instrumentos convencionales relacionados con la protección de los derechos humanos identificados con distintas denominaciones, pero que hacen referencia a instrumentos igualmente vinculantes para los estados partes: convención americana sobre derechos humanos; convenio sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil; pacto internacional de derechos civiles y políticos; protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos relativo a los derechos económicos, sociales y culturales; y estatuto de la corte penal internacional (estatuto de roma).

Los tratados internacionales, pues, son instrumentos de acatamiento obligatorio por los estados; y si bien no han seguido el mismo proceso de formación de las leyes internas para entrar en vigencia, forman parte del ordenamiento jurídico de los países una vez que han sido firmados, ratificados, y por lo tanto, puestos en vigor por los estados conforme a su derecho interno.

2.1.1 Acerca de los Tratados, Declaraciones y Resoluciones Internacionales sobre Derechos Humanos.

Los tratados, a diferencia de otros instrumentos sobre derechos humanos, como las declaraciones y resoluciones internacionales, son de carácter vinculante, es decir, que jurídicamente son instrumentos obligatorios para los estados partes.

En el sitio de la Organización de las naciones Unidas, Bajo el epígrafe: Fundamento de las Normas Internacionales de Derechos Humanos, (Naciones Unidas, 2019) se expresa que el derecho internacional de derechos humanos establece las obligaciones que deben cumplir los Estados. Al pasar a formar parte de tratados internacionales, los Estados asumen deberes y obligaciones en virtud del derecho internacional, y se comprometen a respetar, proteger y promover los derechos humanos. La obligación de respetar supone que los Estados deben abstenerse de restringir los derechos humanos o de interferir en su realización. La obligación de proteger exige que los Estados protejan a las personas o grupos de personas de las violaciones de los derechos humanos. La obligación de promover significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar la realización de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a poner en práctica medidas y leyes nacionales compatibles con los deberes y obligaciones inherentes a esos tratados. En consecuencia, el sistema jurídico interno proporciona la principal protección jurídica de los derechos humanos garantizados por el derecho internacional. Cuando los procedimientos jurídicos nacionales no solucionan las violaciones de derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos a escala regional e internacional para

atender las denuncias individuales y de grupo, con miras a velar por que se respeten, apliquen y hagan cumplir a escala local las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Los tratados sobre derechos humanos tienen características propias que los distinguen de los tratados internacionales celebrados entre los estados, ya sean bilaterales o multilaterales. Mientras que en estos los estados partes persiguen ventajas y beneficios recíprocos, en aquellos persiguen la protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. (Carrillo J. s/f) p. 108.

Para la corte interamericana de derechos humanos, “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”.¹ El objeto y fin de estos tratados es precisamente la protección de los derechos fundamentales en toda circunstancia y respecto de toda persona, independientemente de su nacionalidad, sexo, edad, raza, religión, opinión política, forma de pensar, origen social, posición económica o cualquier otra condición.

En los tratados sobre derechos humanos los estados adquieren ciertas obligaciones jurídicas respecto de determinados derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción territorial.

En los tratados generales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas o la Convención americana sobre

¹ Nota: Véase la opinión consultiva OC-1/81 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “otros Tratados”. Serie A No. 1, parr. 24.

derechos humanos de la OEA, se reconocen principios jurídicos internacionales y un amplio catálogo de derechos relacionados directamente con la labor judicial. Se reconocen derechos individuales, libertades públicas o libertades democráticas, y garantías del debido proceso.

En el caso de los tratados específicos sobre derechos humanos, se reconoce un derecho en especial y se desarrolla ampliamente su protección en el derecho internacional. Entre dichos tratados pueden mencionarse, por ejemplo, la convención contra la tortura y otros Tratos o penas crueles, Inhumanos o Degradantes; el segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a la Abolición de la pena de muerte; y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, entre otros.

Particularmente, en algunos de los tratados sobre derechos humanos, se reconocen y desarrollan las garantías del debido proceso, y además, se establecen las reglas y principios aplicables en materia de límites de los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Asimismo, se crean órganos de promoción, protección, supervisión y control internacional de diversa naturaleza, composición y funciones. Algunos de ellos son de carácter jurisdiccional como la corte interamericana de derechos humanos de la OEA, otros son de carácter cuasi jurisdiccional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, o el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Tales instancias están directamente relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y del debido proceso al interior de los estados.

“Se establecen también en los tratados sobre derechos humanos ciertos mecanismos y procedimientos de protección a fin de garantizar la participación de las partes involucradas en una violación de los derechos internacionalmente protegidos”.

(Meléndez F., 2008) p.20

Podría afirmarse, por lo tanto, que los compromisos adquiridos por los estados partes de los tratados sobre derechos humanos, les vincula jurídicamente y les obliga a tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos internacionalmente reconocidos. Entre tales medidas se pueden mencionar, entre otras; el deber de adecuación legislativa, es decir, el deber que tienen los estados de equiparar o ajustar su derecho interno al derecho internacional; el deber de administrar justicia de manera rápida y eficaz; con independencia e imparcialidad; y el deber de ejercer los poderes públicos apegados a los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos.

En tal sentido, afirma Meléndez F. (2008, p. 20) según el derecho internacional convencional, los estados partes tienen el deber jurídico de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”²

Por otra parte, las declaraciones y resoluciones internacionales, por su naturaleza y por sus procedimientos de adopción, no constituyen -en estricto sentido-

² Nota: Caso Velázquez Rodríguez contra Honduras. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, párrafo 166.

instrumentos jurídicamente vinculantes para los estados; pero son, por lo general, política y moralmente obligatorias para los Estados miembros de las organizaciones internacionales.

Tales instrumentos son generalmente adoptados en conferencias internacionales o aprobados por determinadas instancias internas de las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, la OEA, el Consejo de Europa o la Organización para la Unidad Africana.

La Asamblea General de la ONU, por ejemplo, ha aprobado importantes declaraciones internacionales sobre derechos humanos relacionadas con la administración de justicia, pudiéndose citar entre ellas las siguientes: La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de Delitos y de Abuso del poder; y la declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

La Asamblea General de la OEA ha aprobado también declaraciones relacionadas con la administración de justicia, entre las que cabe destacar fundamentalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Otras instancias internas de las organizaciones internacionales, como la Asamblea General, el Consejo Económico y Social o la Comisión de Derechos Humanos, ambas de las Naciones Unidas, han aprobado importantes resoluciones internacionales directamente relacionadas con la administración de justicia. Entre ellas se pueden citar, a manera de ejemplo: el conjunto de principios para la protección de

todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; los principios básicos relativos a la Independencia de la Judicatura; los principios de cooperación Internacional en la Identificación, detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); los Principios Básicos sobre la función de los Abogados; y las Directrices sobre la Función de los Fiscales, entre otras resoluciones internacionales.

No obstante que en estricto sentido las declaraciones y resoluciones internacionales no tienen carácter jurídicamente vinculante, en materia de derechos humanos dichos instrumentos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con los instrumentos convencionales de carácter general y particular, e incluso con las normas del derecho interno. De tal manera, los instrumentos declarativos y resolutivos sobre derechos humanos si producen efectos vinculantes para los estados, ya que estos están jurídicamente obligados a cumplir la buena fe de los compromisos adquiridos en el seno de las organizaciones internacionales, atendiendo el objeto y fin de los tratados vigentes.

Cabe mencionar, además, que el contenido de las declaraciones y resoluciones internacionales ha sido ya incorporado y desarrollado por normas de derecho constitucional comparado y de diferentes legislaciones nacionales, lo cual reafirma la

validez jurídica de los principios y normas de las declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos.

Tómese también en cuenta que la corte interamericana de derechos humanos en varios de los casos contenciosos que ha conocido ha fundamentado sus sentencias de manera complementaria en declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos que no son constitutivos de tratados internacionales.

Por lo tanto, los tratados, las declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos, constituyen la plataforma normativa mínima que los estados deben cumplir y respetar, interpretando y aplicando de conjunto sus principios y disposiciones en consonancia con el derecho interno, especialmente con el derecho constitucional, de tal forma que en cada caso concreto se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice en lo máximo posible la tutela judicial efectiva a los derechos y garantías nacional e internacionalmente reconocidos.

En consecuencia, es obligación de los jueces, y en general, de los operadores judiciales, reconocer la validez jurídica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos e interpretarlos coherentemente, aplicando sus disposiciones y garantizando que desplieguen de manera plena sus efectos en favor de las personas sometidas a la jurisdicción del estado, sin distinciones ni discriminación de ninguna naturaleza.

En la jurisprudencia salvadoreña se podrían encontrar casos en los cuales las partes procesales invocan el derecho internacional de los derechos humanos,

desarrollado en tratados, declaraciones y resoluciones internacionales; y casos en los que los tribunales de justicia y las salas de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) han interpretado y aplicado en relación con el derecho interno.

En algunos casos se podría invocar y aplicar distintos instrumentos internacionales, entre ellos los siguientes: pacto internacional de derechos civiles y políticos; convención americana sobre derechos humanos; convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; convención sobre los derechos del niño; protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (protocolo de San Salvador); Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura; Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (reglas de Beijín); Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (reglas de Riad); y Principios Básicos sobre el Tratamiento de los Reclusos.

“En los casos citados se ha interpretado por los jueces y tribunales salvadoreños las disposiciones constitucionales que se refieren al valor de los tratados internacionales en general; e incluso que se mencione jurisprudencia internacional desarrollada en la corte centroamericana de justicia y en la corte interamericana de derechos humanos, o en otro instrumento”. (Meléndez F., 2008) p. 24

2.1.2 Valor de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Comparado

Según Meléndez F. (2008), las constituciones del continente otorgan diferente valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos. En algunos casos se les otorga un rango supraconstitucional; en otros, se les otorga el mismo rango que la constitución; y en la mayoría de los países se les otorga el mismo rango infra constitucional, considerándoseles, por lo general, que tienen supremacía respecto de la legislación secundaria. p. 24

Entre las constituciones que reconocen el rango supraconstitucional de los tratados sobre derechos humanos se puede mencionar, por ejemplo, las constituciones de Colombia y Guatemala, que reconocen expresamente la preeminencia que los tratados de derechos humanos tienen sobre el derecho interno.

En tal sentido, la constitución de Colombia establece que, “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”; y la constitución de Guatemala, por su parte, reconoce la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos al establecer el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

“Siguiendo los criterios y reglas de interpretación extensiva de las normas de derechos humanos, y desde una perspectiva democrática, las cláusulas o disposiciones

que contienen las constituciones de Colombia y Guatemala antes citadas dan lugar a interpretar que la constitución les está confiriendo un rango superior a los tratados sobre derechos humanos, incluso respecto de la misma constitución, lo cual, tratándose de esta materia, bajo ninguna circunstancia podría entrar en contradicción con la misma carta magna, ya que se estaría interpretando el rango superior de los tratados sobre derechos humanos en consonancia con los principios, derechos y valores superiores de la misma constitución” . Meléndez F. (2008, p.25).

De manera más clara se expresa la constitución de Venezuela (art 23) al establecer que, “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta constitución y la ley de la república, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.”

Entre las constituciones que reconocen el mismo rango a los tratados sobre derechos humanos que a la constitución, se puede mencionar, por ejemplo, la constitución de argentina, que se refiere expresamente a determinados tratados sobre derechos humanos, e incluso a declaraciones sobre derechos humanos –no constitutivas de tratados- y les reconoce el mismo rango constitucional. Este rango jerárquico solo se les otorga a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no así a los tratados o instrumentos que regulan otras materias.

Se establece en la constitución de argentina que, “la Declaración Americana de los Derechos del hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la

Convención Americana sobre Derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la convención sobre la Prevención y la sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”³

La constitución política de Nicaragua en su artículo 182 lo siguiente: “la constitución política es la carta fundamental de la Republica; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán ningún valor las leyes, tratados, ordenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones.”

La mayoría de los estados incorporan los tratados internacionales sobre derechos humanos en su derecho interno, con rango inferior a la constitución, pero superior a la legislación secundaria. Tal es el caso, por ejemplo, de España, Perú, El Salvador, Paraguay, Costa Rica y Honduras.

La constitución española (art.96) establece que, “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del

³ Nota: véase la Constitución de Argentina, apartado 22 del art. 75

ordenamiento interno”; la Constitución de Perú (artículo 55) establece que, “los tratados celebrados por el estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

En Honduras, la Constitución de la República establece en su artículo 16 que, “los tratados internacionales celebrados por honduras con otros estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno, “otorgándole con ello un valor jurídicamente vinculante.

La Constitución de El Salvador (artículo 144) establece que: “los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la república al entrar en vigor, conforme a las disposiciones de este tratado y de esta constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.”

Como afirma Meléndez F. (2008), “La constitución salvadoreña no hace distinciones entre los tratados de derechos humanos y tratados que regulan otras materias, a todos los cuales les otorga el mismo valor infra constitucional pero suprallegal, lo que se colige de la parte final de la citada disposición constitucional, que implícitamente reconoce el principio de la jerarquía normativa, mediante el cual se establece la supremacía de la constitución respecto a los tratados y leyes, a menos que estas contradigan o entren en conflicto con aquellos, en cuyo caso prevalecerán sobre las leyes secundarias, deduciéndoles de ahí el carácter suprallegal de los tratados vigentes. La fórmula adoptada por la constitución salvadoreña no es precisamente de

avanzada en el derecho constitucional comparado, especialmente en cuanto se refiere a la jerarquía de los tratados de derechos humanos.

En el artículo 145 de la constitución de El Salvador también se establece que:

“no se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes.”

Esta disposición hace referencia a tratados que admiten reservas según el derecho internacional convencional y según las reglas del mismo tratado, lo cual no se permite por regla general en los tratados de derechos humanos, ya que por la misma naturaleza de sus disposiciones, y por el objeto y fin del tratado- la protección de la persona humana- los Estados no pueden hacer reservas de ninguna de sus disposiciones ya que perdería sentido su vigencia si se dejan sin efecto disposiciones sustantivas del mismo.

Finalmente, la constitución salvadoreña, en su artículo 146, dispone de una cláusula de salvaguarda de los derechos humanos, al prohibir la celebración o ratificación de tratados internacionales en los que de alguna manera se lesionen o menoscaben los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Cabe destacar que algunas constituciones de la región contienen importantes disposiciones que reconocen la validez y eficacia del derecho internacional en el derecho interno. Tal es el caso de la constitución de la República Dominicana, que en el artículo 4 expresa lo siguiente: “La República Dominicana, reconoce y aplica las normas

del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos lo hayan adoptado...”⁴

La constitución de la república dominicana no contiene, por lo tanto, disposiciones que expresamente se refieran a la jerarquía de los tratados internacionales, y dentro de ellos, a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, pero la legislación interna especialmente la jurisprudencia de la suprema corte de justicia, han interpretado la validez y jerarquía de los tratados en relación con el derecho interno. En tal sentido, la suprema corte de justicia de república dominicana, contribuyendo a la clarificación sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno, ha expresado en sus resoluciones y sentencias que, “la República Dominicana tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la constitución y por la jurisprudencia constitucional local) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la corte interamericana de derechos humanos, fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva.”⁵

Puede notarse a este respecto la importancia de la jurisprudencia de la suprema corte de justicia de república dominicana, que ha interpretado favorablemente la

⁴ Nota: véase, por ejemplo, la resolución 1920-2003 de la Suprema Corte de justicia de Republica Dominicana y la sentencia No. 1 del 4 de agosto de 2004, en materia penal criminal, emitida por la suprema Corte de Justicia.

⁵ Resolución 1920-2003, ibid. p. 28

jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, y lo que es más relevante en el desarrollo jurisprudencial es que ha incorporado dichos tratados en “el bloque de constitucionalidad,” y le ha otorgado igual importancia a la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, e incluso, a las opiniones consultivas emanadas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, constituyendo todo ello un precedente en la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores de justicia.

La Constitución Española establece a este respecto que, 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 con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La Constitución política de Colombia establece que, “Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”⁶

Puede notarse, entonces, que ya algunos países han incorporado en su derecho interno de una manera muy singular no sólo los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino también importantes declaraciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, otorgándole con ello rango constitucional a los derechos

⁶ Véase la constitución Política de Colombia, ar. 93, 1971

protegidos en dicha declaraciones, y obligando a interpretar las disposiciones constitucionales relacionadas con los derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, lo cual permite afirmar que de esta forma se ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos en el “bloque de constitucionalidad” de los derechos humanos, conformado este por las normas constitucionales y por aquellas que la constitución les confiere el mismo rango, pero que son diferentes a ella.

Otras constituciones, como la de Honduras, contienen disposiciones que le confieren valor y obligatoriedad a los tratados sobre derechos humanos. En tal sentido se establece en el capítulo referente a los derechos del niño (artículo 119) que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

En consecuencia, de lo anterior puede afirmarse que en la región existe ya una tendencia a otorgarle supremacía al derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, o al menos, a equiparar su valor jerárquico con las normas constitucionales.

En el derecho internacional se desarrolla el fundamento jurídico de las garantías constitucionales de protección a los derechos humanos, como el hábeas corpus el amparo y el hábeas data.

En El Salvador se reconoce únicamente los siguientes procesos constitucionales⁷: inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; amparo; y hábeas corpus o justicia. Meléndez F. (2008) p. 63

El recurso, demanda, acción, juicio o proceso de amparo constituye una garantía jurídica fundamental de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Protege al individuo frente a los abusos de los poderes del Estado, pero también frente a los actos de los particulares. A través del amparo se garantiza y protege los derechos subjetivos fundamentales reconocidos preferentemente por el ordenamiento constitucional, pero también protege en algunos estados los derechos internacionalmente reconocidos.

El fundamento internacional del amparo se desarrolla en diversos instrumentos declarativos y convencionales, entre ellos: la declaración universal de los derechos humanos (Art. 8); la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (Art. XVIII); la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Principios 4 y 5); el pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 2); la convención americana sobre derechos humanos (art. 25); y el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 13).

El pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 2); establecen que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas a nivel, internacional hayan sido

⁷ Nota: Consúltase la Constitución de El Salvador, art. 11, 174, 182, 183, 185 y 247. Véase también la ley de procedimientos constitucionales, artículos, 1, 6, 12 y 38.

violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiese sido cometida por personas que actúan en perjuicio de sus funciones oficiales. Se establece también la obligación del estado, a través de la autoridad competente – judicial, administrativa o legislativa- de decidir sobre los derechos de la persona que interponga el recurso o cuyo favor se interponga, y de asegurar efectivamente las posibilidades de tal recurso. Así mismo, se establece la obligación de cumplir con toda decisión en que se hubiere estimado procedente tal recurso.

En el mismo sentido se expresa la convención americana sobre derechos humanos (art. 25) al establecer que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la convención, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

El amparo surgió por primera vez en la constitución federal de México en 1857 (artículos 101 y 102), y posteriormente ha sido desarrollado por el derecho constitucional comparado.

A diferencia del amparo mexicano, la mayoría de las constituciones conciben el amparo como un instrumento de protección de los derechos fundamentales positivados por la constitución, con exención de la libertad personal, que se tutela de manera autónoma por medio de hábeas corpus. Por ejemplo, las constituciones de Guatemala (art. 265); El Salvador (art. 247); Honduras (art. 183); Costa Rica (art.48); Panamá (art. 50); Uruguay (art. 6); y España (artículos 53 y 161), regulan el amparo de esta forma.

En la constitución de Honduras (art. 183) se reconoce la garantía de amparo a la persona agraviada, pero se concede a cualquiera otra persona el derecho de interponer dicho recurso en nombre de esta: “1) para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la constitución establece; y 2) para que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad no obliga al recurrente ni es aplicable, por contravenir disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta constitución”.

En la constitución de Nicaragua se reconoce el recurso de amparo, el cual queda sujeto a lo que dispone la ley de amparo.

Puede mencionarse también que en algunas constituciones se reconoce que el amparo no solo protege derechos constitucionales sino, además, los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales aplicables en la Republica, incorporando expresamente los derechos internacionales protegidos al “bloque de constitucionalidad” de los derechos humanos. Meléndez F. (2008) p.65

En tal sentido puede citarse la constitución de Costa Rica (art.48); y la constitución de Venezuela (art.27), que incorpora los derechos protegidos en los tratados o convenios internacionales como objeto del amparo en caso de transgresión o violación de estos, entrando estos a formar parte del “bloque de constitucionalidad” de los derechos humanos.

Estas circunstancias también se han observado mediante una adecuada vía interpretativa de los tribunales constitucionalidades o salas con competencias en esta

materia, que haciendo uso de una interpretación extensiva de las normas que protegen derechos humanos, han ampliado los efectos de protección del amparo en la tutela de derechos constitucional e internacionalmente reconocidos.

En varias constituciones se ha ampliado el ámbito de aplicación del amparo a las relaciones entre particulares. Cabe mencionar entre ellas las constituciones del Paraguay (artículo 134); argentina (artículo 43); y Perú (artículo 200).

Incluso, en algunas constituciones se ha favorecido la protección de los derechos colectivos o difusos. Para el caso puede mencionarse las constituciones de Venezuela (artículo 26); y argentina (artículo 43).

Cabe mencionar que, en El Salvador, según lo dispone la constitución (artículo 247) y la ley de procedimientos constitucionales (artículo 12 y ss.), la institución del amparo solamente procede por violación de los derechos constitucionales – a excepción de la libertad personal, y no por violación de los derechos internacionalmente reconocidos. La ley establece que: “toda persona puede pedir amparo ante la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia; por violación de los derechos que le otorga la constitución.”

En El Salvador la acción de amparo procede, según la ley, “contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados y de las sentencias definitivas pronunciadas por la sala de lo contencioso administrativo que violen aquellos derechos u obstaculicen su ejercicio.

Cuando el agraviado fuere el estado, la sala de lo constitucional tendrá obligación de mandar a suspender el acto reclamado.”

La jurisprudencia constitucional salvadoreña ha establecido que: “el proceso de amparo tiene por finalidad la defensa de la vigencia efectiva de la constitución, y en particular de los derechos fundamentales y de cualquier otra categoría de derechos que constitucionalmente puedan ser protegidos a las personas.”

También se ha definido el Amparo contra Ley, “como el instrumento procesal a través del cual se atacan disposiciones legales que contravienen preceptos constitucionales; puede ser contra leyes auto explicativas o contra leyes hetero aplicativas.”

Para la sala de lo constitucional” la consecuencia natural y lógica es la de reparar el daño causado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto violatorio de derechos y restableciendo a la parte perjudicada en el pleno uso y goce de sus derechos violados.”

Cabe destacar que la jurisprudencia del amparo en El Salvador ha evolucionado al grado tal que ahora no solo procede contra actos de la autoridad sino también contra actos y omisiones de los particulares de los cuales puedan emanar actos limitativos de derechos constitucionales; y además, procede en los supuestos propios de la institución del habeas data, no reconocida expresamente en la legislación salvadoreña.

La jurisprudencia de la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia de El Salvador ha establecido como presupuestos básicos del proceso de amparo los

siguientes: “a) que el particular responsable del acto se encuentre en una situación de poder; b) que el acto u omisión sea parte del ámbito de constitucionalidad; y c) que no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección frente a actos de esa naturaleza; o que de haberlos, sean ellos insuficientes para garantizar los derechos del afectado o se hayan agotado plenamente para remediar el acto contra el cual reclama.”

Es claro, pues, que aun cuando la legislación salvadoreña no contempla expresamente la procedencia del amparo entre particulares, la sala de lo constitucional lo ha interpretado así de manera extensiva, ampliando el ámbito de aplicación de la institución del amparo.

Finalmente, cabe mencionar que el juicio o proceso de amparo no procede en El Salvador en asuntos judiciales de carácter civil, comercial o laboral, y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal.

Por otra parte, el hábeas corpus es una institución de la justicia constitucional que protege específicamente la libertad personal frente a las actuaciones arbitrarias o ilegales del poder del estado y también de los particulares. Protege al individuo en los casos de privación de libertad o de amenaza a dicha privación, e incluso en los casos de daños a la integridad personal como consecuencia de dichos actos. En este sentido, cabe afirmar que el habeas corpus es esencial para garantizar la vida e integridad de las personas privadas de libertad, para impedir su desaparición o ejecución arbitraria, así como para protegerla de actos como la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradante y por supuesto, para protegerla contra estados de incomunicación.

El Salvador es precisamente uno de los Estados que ha reconocido a nivel constitucional el carácter amplio del habeas corpus en materia de protección de los derechos humanos. Cabe recordar que la reforma constitucional que se aprobó en el marco del proceso de paz permitió ampliar el ámbito de aplicación material del habeas corpus, dando lugar a proteger otros derechos fundamentales diferentes a la libertad personal en los casos de detención ilegal o arbitraria.

Es así como mediante la reforma constitucional del artículo 11- vigente desde 1996-, se aprobó un texto congruente con las exigencias del derecho internacional y con la jurisprudencia internacional sobre la materia. En consecuencia, el inciso segundo del artículo 11 de la Constitución ha quedado redactado de la siguiente manera: “toda persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.”

La jurisprudencia constitucional salvadoreña ha catalogado el hábeas corpus como un proceso constitucional, que constituye “un mecanismo de satisfacción de pretensiones que una persona aduce frente a una autoridad judicial o administrativa e incluso particular, cuando su libertad física o la de la persona a cuyo favor se solicita se encuentra ilegal o arbitrariamente restringida.”

Para la sala de lo constitucional salvadoreña el objeto del hábeas corpus es “brindar tutela al derecho de libertad física de los justiciables, en los casos en que este

se vea ilegal o arbitrariamente restringido, o cuando la restricción no se ha materializado, pero sea inminente su ejecución.”

El hábeas corpus exige, por la naturaleza de los derechos que protege, un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, que tiene como objetivo fundamental verificar judicialmente la legalidad y las condiciones de la persona detenida, privada de libertad o amenazada en su libertad ambulatoria. El procedimiento, se caracteriza, por lo tanto, por la agilidad, la sencillez y la carencia de formalismos para su procedencia y tramitación.

La fundamentación internacional del habeas corpus se desarrolla en los siguientes instrumentos internacionales: pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 9); convención americana sobre Derechos Humanos (artículo 7); en el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 5); carta africana de derechos humanos y de los pueblos (artículo 6); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10); declaración americana de Derechos y deberes del hombre (artículo xxv); y conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principios 4,9,32 y33).

2.1.4 Métodos de Interpretación de los Tratados sobre Derechos Humanos.

Conviene revisar ahora, la forma de interpretación de los tratados sobre Derechos humanos, a lo cual, (Hitters, J., 2007), expresa, “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es, principalmente, una codificación del derecho

consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo, el artículo 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar tratado; y otras son simplemente modificación del derecho internacional general existente, como el caso del sistema de reservas”. p. 420

Este conjunto de preceptos se aplica solo a los tratados celebrados por escritos y regidos por el derecho internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 3 (OC-3/83. Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determinan este instrumento pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema de los derechos humanos.

Los parámetros relativos a la hermenéutica de los tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena y se encuentran desarrollados en la Sección Tercera, denominada, Interpretación de los tratados. Del art. 31. Al art. 33.

Los tres artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia.

El artículo 31.1 impone el principio de la buena fe, que obviamente también opera en el campo comercial privado. Dice esta norma que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado

con el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto fin”, el párrafo 2 dispone que a estos fines se considerara además del texto, el preámbulo y sus anexos. (Hitters, 2007, p.421)

A su vez, el párrafo 3 aclara que junto con el contexto se deberá considerar también:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la interpretación de sus disposiciones;
- b) Toda practica ulterior seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

Por último, el apartado 4 del artículo 31 dispone que “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

“El artículo 32 permite acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación artículo 31 o para determinar el mismo”. (Nieto R., 1984, p. 272)

2.1.5 Derecho Internacional Convencional de los Tratados.

Siguiendo la línea de argumentación de Hitters: “Abordamos esta temática por la importancia que ha tenido los tratados en el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, aunque, como vimos los que regulan esta materia tienen una cierta particularidad que los caracteriza, pues los beneficiarios y a

veces los legitimarios no son solo los Estados, ya que en este campo el individuo adquiere, como ser humano, un rol protagónico. Además, es necesario hacer una debida conceptualización de estos instrumentos, pues no todos los acuerdos internacionales deben considerarse tratados. (2007, p. 415).

Desde esta vertiente la Corte Internacional de Justicia ha delineado los contornos de esta figura a través de sus fallos que, tal cual, antes señalados, se erigen como una importante fuente en este ámbito. Así, por ejemplo, dejó claro que un acuerdo entre una compañía extranjera y una empresa multinacional, no reviste la calidad apuntada, ya que su mero contrato. Para que exista tratado se enfatizó en el mecanismo pronunciamiento hace falta que los Estados resulten obligados uno respecto del otro.

Esto no significa que ese Alto Tribunal haya restringido el concepto de la institución *sub examine*, dado que en pronunciamientos posteriores considero que hay “tratado” no solamente cuando existe acuerdo entre Estados, sino cuando ese vínculo convencional se da también entre estos y organismos internacionales con personalidad jurídica, y que posean *ius tractatum*. (Arechaga, J. 1980, p.416).

Sobre la base de la doctrina que dimana de ese cuerpo jurisdiccional, y siguiendo a Jiménez de Arechaga, podemos decir que la definición tradicional de tratado (acuerdo entre dos Estados) se ha ampliado en el derecho internacional contemporáneo: abarca otro tipo de vinculación sinalagmática, operada como vimos entre aquellos y organizaciones internacionales, y entre estas *inter se*; sin dejar de reconocer que dichas posibilidades pueden combinarse en acuerdos trilaterales.

CAPITULO III: LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

3.1 Concepto de sujeto del Derecho Internacional Público

Se entiende por sujeto de Derecho aquel que es destinatario de las normas jurídicas, aquel a quien estas normas asignan derechos y obligaciones; sujeto del Derecho Internacional lo es el titular de derechos conferidos por normas jurídicas internacionales. Según Max Soerensen, (1973, p. 217) “es sujeto de Derecho Internacional quien sufre directamente responsabilidad por una conducta incompatible con la norma, y aquel que tiene legitimación directa para reclamar contra toda violación de la norma”. Para Thomas Lawrence: Los sujetos del derecho internacional no se consideran todos bajo el mismo pie con respecto a él. Sus reglas gobiernan sus mutuas relaciones en mayor o menor grado. (Thomas, 1902)

El cual también se hace referencia a las personas del Derecho Internacional Público pues, sin nominarlas específica o individualmente hacemos referencia a sus diversos géneros. El mexicano Manuel J. Sierra, (1963), expresa que, si se interpreta el concepto de sujeto de Derecho Internacional como equivalente al de miembro de la comunidad internacional, los Estados merecerán por esencia esta designación. Sin embargo, advierte de la existencia de otras entidades que, sin ser Estados, son destinatarias de las normas jurídicas internacionales.

3.2 Clasificación de los Sujetos de Derecho Internacional

Según Thomas Lawrence los Sujetos de Derecho Internacional se clasifican de la siguiente forma: (Thomas L., 1902)

A. Estados soberanos.

Un estado puede definirse como una comunidad política, cuyos miembros están ligados entre sí por el vínculo de una común sujeción alguna autoridad central, cuyos mandatos obedecen generalmente la mayor parte de ellos. Es soberano o independiente, si su gobierno no presta obediencia habitual a ningún poder de la tierra.

Es un sujeto del derecho internacional, si es uno de los estados que aceptan el sistema de las reglas internacionales, o si ha sido recibido en la familia de las naciones, esto es, en el número de aquellas comunidades políticas que poseen los derechos y están sometidas las obligaciones conferidas por el derecho internacional los estados soberanos. La soberanía interna es el poder ejercido por los gobernantes sobre sus propios súbditos. La soberanía externa es el poder de tratar nombre de un estado con el gobierno de otros estados. Los estados soberanos que son sujetos del derecho internacional pueden dividirse en dos clases:

a) Las Grandes potencias de Europa y los Estados Unidos de Norte América. En muchas materias importantes rápidamente alcanzan una posición de primacía que consideraremos en la Parte II, Cap. I y IV.

(b) Los demás estados independientes. Posen todos los derechos comunes acordados por el derecho internacional los estados soberanos, pero no participan de la autoridad reivindicada por las grandes potencias para inspeccionar y alterar algunas de las disposiciones internacionales existentes.

B. Estados semi-soberanos

Un estado semi-soberano, en el sentido acordado la expresión por el derecho internacional, es una comunidad política en la cual una parte de los poderes externos de la soberanía son ejercitados por su propio gobierno, y de otra parte está investido algún otro cuerpo político. Tales comunidades caen bajo el derecho internacional solo en relación de aquella parte de sus asuntos externos que pueden manejar por sí mismos.

C. Comunidades beligerantes que no son estados.

Estas son comunidades que procuran asegurar su independencia por la guerra, pero que todavía no están reconocidas como estados soberanos. A menudo obtienen lo que se llama el reconocimiento de la beligerancia, cuyo efecto es el de dotarlos con los derechos imponerles las obligaciones de los estados independientes, hasta donde lo exija la conducción de las hostilidades, pero no más allá. Sus buques de guerra se consideran cruceros legales, y sus soldados se tienen por combatientes legítimos, pero sus gobiernos no pueden negociar tratados formales ni acreditar ministros diplomáticos. En la Parte III, Cap. I, se encontrar una información relativa al reconocimiento de la beligerancia.

D. Corporaciones.

Estas deben dividirse en dos especies:

a) Corporaciones ordinarias. Como dueños de propiedades, pueden caer bajo las leyes de captura.

(b) Corporaciones privilegiadas. Un cierto número de grandes compañías comerciales han sido autorizadas por los estados bajo cuyas leyes se encuentran incorporadas, adquirir territorios en países lejanos, ejercer dominio sobre ellos en hacer la paz y la guerra con los príncipes nativos. Tales cuerpos son sujetos del derecho internacional en una forma extraordinaria y anormal. Con respecto a los naturales de los distritos que les han sido asignados, ejercen muchos de los poderes de soberanía. En relación de sus propios gobiernos, son súbditos. En tiempos recientes, las grandes potencias colonizadoras han acordado cartas a muchas de esas compañías. Por ejemplo, Alemania en 1885 dio concesiones especiales y jurisdicción dentro de los vastos distritos de su esfera de influencia en el África Oriental, la Compañía Alemana del África Oriental. La Gran Bretaña obra en la misma forma con respecto a varias compañías británicas, siendo las principales la compañía de Borneo del Norte, la compañía Real del Níger, y la compañía de Sud África. Puede tenerse alguna idea de la magnitud e importancia de sus operaciones, sabiendo que la compañía del Níger, cuya carta data de 1886, ha celebrado con las tribus nativas más de trescientos tratados, discutiéndose ahora (1897) entre Inglaterra y Francia la validez de algunos de ellos. Los territorios dentro de los cuales se gana poder, tienden gradualmente a caer bajo el gobierno del Estado que expide la carta.

E Individuos.

Pueden, en grado limitado, llegar a ser sujetos del derecho internacional como dueños de propiedad capturada en la guerra, o a causa de actos ejecutados por ellos como personas privadas y sin autorización y no como agentes de un estado.

3.3 Enunciado de los Sujetos de Derecho Internacional Público

Carlos Arellano García, enuncia de forma muy amplia y precisa sobre quienes deben de ser considerados sujetos del Derecho Internacional Público, contrario a lo que hacen otros autores el cual se limitan a considerar únicamente a los Estados y en algunos casos admiten a organismos carácter internacional, es por ello que a continuación se presenta un enunciado preciso que brinda el autor antes citado:

(García, 2006)

- a. Los Estados, tanto los soberanos como aquellos que tienen en alguna forma limitada su soberanía.
- b. Los organismos internacionales, tanto los generales, como los regionales o los especializados, o los permanentes o los transitorios.
- c. El individuo, persona física, tanto considerando en lo individual, como integrando grupos sociales que pueden considerarse como sujetos de Derecho Internacional Público.
- d. Las personas morales, consideradas individual o colectivamente, con existencia original interna, o con existencia original internacional, con personalidad privada o con personalidad pública; las que generalmente tienen el carácter de empresarias y se desenvuelven más allá de las fronteras de un solo Estado.
- e. Las entidades Sociológicas como la Nación y como las minorías nacionales.
- f. Las entidades con un régimen especializado como el vaticano, la Soberana Orden de Malta o La Cruz Roja Internacional.

g. Los Estados con peculiaridades especiales como los Estados diminutos.

h. Las representaciones gubernamentales en el exilio.

3.4 Características del Derecho Internacional.

3.4.1 Diferencias con el Derecho Interno

Uno de los métodos tradicionales utilizado por la ciencia jurídica para caracterizar al derecho internacional se fundamenta en la comparación de este sistema con el derecho interno de los Estados. Así es que el ordenamiento jurídico internacional, tal como ha sido definido, presenta una serie de peculiaridades que lo distinguen de los distintos derechos internos. Por lo tanto, Gutiérrez Posse (1990) sostiene al igual que la doctrina en general, que las diferencias esenciales entre el derecho interno y el derecho internacional radican en la inexistencia dentro de este último de: a) un órgano legislador; b) un órgano juzgador obligatorio; c) un vínculo de subordinación de los sujetos de ese ordenamiento.

a) Carencia de "órgano legislador"

El "legislador" de derecho interno no aparece en el derecho internacional. Los Estados, sujetos primarios y necesarios de este ordenamiento, son, al mismo tiempo, los generadores de la norma. La voluntad, expresa o tácita del Estado —evidenciada en la conclusión del acuerdo internacional, la aquiescencia, el cumplimiento de una práctica con conciencia de adecuar su conducta a una norma jurídica— es el origen inmediato de la norma. Aun cuando algunos mecanismos propios del derecho

internacional contemporáneo puedan hacer pensar, aparentemente, en el "legislador internacional", ellos sólo dan lugar a la creación de normas de naturaleza "derivada". Es decir, que cuando determinados órganos de una organización internacional pueden dictar válidamente normas obligatorias para los sujetos del ordenamiento, esto es así en razón de que fueron esos mismos sujetos los que mediante el tratado constitutivo autorizaron al órgano "legislar" para situaciones específicas.

Empero, aunque no existe en el derecho internacional general un órgano "legislativo centralizado", los Estados asumen funciones de sustancia legislativa cuando, a través de cualesquiera de los métodos válidos para el ordenamiento jurídico internacional, crean derecho. No reviste importancia, entonces, la carencia de un órgano que centralice la función legislativa — como en el derecho interno ocurre— si en el derecho internacional, con mayor o menor grado de centralización, la función creadora de normas generales se verifica conforme a otros mecanismos formales.

b) Carencia de un "órgano juzgador" obligatorio Una de las facultades del Estado es la de aplicar su ordenamiento jurídico. A tal fin, éste se dota de los órganos que considera adecuados, a los que los sujetos deben obligatoriamente acudir para solucionar sus controversias. El derecho internacional general carece, en cambio, de un órgano jurisdiccional de aplicación, obligatorio, propio de la sociedad interestatal. Cuando se suscita una controversia entre Estados, éstos pueden, en una primera etapa, solucionarla mediante la negociación directa para lo que aplicarán, o no, el ordenamiento positivo internacional. Pueden, también, sin perjuicio de acudir a otros medios de solución pacífica, otorgar —mediante el acuerdo de voluntades— imperium a

una instancia jurisdiccional. En este caso la jurisdicción —en tanto que facultad de decir el derecho— tiene su fundamento inmediato en la voluntad de los sujetos, careciendo del elemento de obligatoriedad que caracteriza a la potestad estadual.

En los supuestos en que el derecho internacional contemporáneo muestra la existencia de órganos jurisdiccionales permanentes y obligatorios con la función de aplicar o interpretar sus normas, la diferencia antes señalada parece desdibujarse. Es menester precisar, empero, que, si bien el origen del imperium no está en la voluntad inmediata de los sujetos parte en la controversia, aquél se encuentra en las voluntades que aceptaron concordantemente, en un tratado constitutivo de una organización internacional, la existencia del órgano jurisdiccional.

c) Carencia de un vínculo de "subordinación" de los sujetos En derecho interno, los sujetos del ordenamiento no sólo deben cumplir sus normas, sino que pueden ser obligados a ello por los órganos del Estado que poseen tal competencia. En derecho internacional, no existe, en principio, un órgano superior a los sujetos que pueda efectuar el control del respeto a la norma y obligarlos compulsivamente a su cumplimiento; es éste un ordenamiento en el que los sujetos mismos tienen la competencia de tomar decisiones tendientes a la ejecución de la norma internacional dentro del marco de conductas legítimas que ese derecho les reconoce. Sin embargo, en algunos supuestos de las relaciones internacionales contemporáneas aparece un órgano supraestatal dotado del poder de coacción y de sanción, aunque ello sólo ocurra porque los Estados que han creado la organización le han transferido tal competencia, autorizándolo a actuar en ciertos casos y aceptando, en el mismo tratado constitutivo,

conformarse a las resoluciones que éste adopte. En todo caso cabe destacar que se trata siempre de un poder de acción, de una capacidad de hacer ejecutar la norma, que emana de un órgano de naturaleza política.

3.4.2 Características particulares del Derecho Internacional

- Movilidad. - El Derecho Internacional se ha transformado, perfeccionado y adaptado a través del tiempo con diversos hechos: en 1945 luego de la Segunda Guerra Mundial se suscribe la carta de la O.N.U.; el Fondo Monetario Internacional, la OACI. (Paniagua Flores, 2009)
- Universalidad. - Significa que las normas del Derecho Internacional son universales, es decir de cumplimiento obligatorio para todos los Estados y estas normas por tanto no deben ser violentadas. Las cartas de la O.N.U y la O.E.A. contienen normas imperativas del ius cogens.
- Falta de coerción. - En el Derecho Internacional no existe órgano que imponga la ley y la sanción, lo que implica ausencia de Poder Ejecutivo universal que haga prevalecer esta norma, sin embargo, no por ello deja de ser norma.
- Responsabilidad colectiva. - El sujeto responsable en el Derecho Internacional no es el Estado como organización, sino el pueblo organizado como Estado. Ejemplo: el caso de Irak y las sanciones económicas dispuestas por la ONU que le afectan a su pueblo.
- Relatividad de los deberes jurídico-internacionales.- Significa que en la violación de una norma del Derecho Internacional de un Estado por el cumplimiento de

un tratado internacional, solamente compete accionar al Estado que ha sido afectado con la violación de esta norma. El tratado de 1904 suscrito entre Chile y Bolivia, dispone el uso libre e irrestricto de los puertos chilenos por parte de Bolivia, sin embargo, Chile ha privatizado los puertos sobre el pacífico afectando el cumplimiento del tratado señalado; compete por tanto accionar a Bolivia por el probado incumplimiento.

- **Carácter individualista.** - Se aplica el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Es el caso de un Estado que resuelve acciones que afectan a otro Estado y sean de provecho para el primer Estado; lo puede hacer siempre y cuando no afecten las normas.

CAPITULO IV: DERECHO INTERNACIONAL Y SU RELACION CON EL DERECHO INTERNO

Existen dos dimensiones para afrontar las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno: la dimensión positivista, que es el análisis de la respuesta que ofrece cada uno de los ordenamientos jurídicos acerca de cómo se integran las normas internacionales en el ordenamiento interno, y cuál es la posición de estas normas en el sistema jurídico estatal. La segunda dimensión es doctrinal.

(González, 1998)

Las dos principales teorías como ya se mencionó, son la dualista y la monista. polémica que se ha suscitado desde 1899, cuando aparece la obra de Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho Internacional y Derecho Interno). (Triepel, 1923).

4.1 Concepto de Derecho Internacional Público

Según Lawrence Thomas el Derecho Internacional al conjunto de reglas que determinan la conducta del cuerpo general de los estados civilizados en sus relaciones reciprocas. Existe aún mucha discusión sobre la naturaleza del derecho internacional, sus métodos, sus límites y su relación con la ciencia de la tica. Todos los esfuerzos para definirlo están subordinados las vistas que con relación estas materias tienen los individuos que intentan dar una definición. La que hemos adoptado procede de la consideración de que los estudiantes de derecho internacional deben conocer principalmente las reglas actualmente observadas por los estados en sus relaciones mutuas, v su clasificación y concordancia con referencia los principios fundamentales en que están basadas dichas reglas. (Lawrence, 1902).

Jean-Jacques Rousseau considera como “aquel que se ocupa esencialmente de regular las relaciones entre Estados o mejor entre los sujetos de Derecho Internacional, puesto que ambos términos no son sinónimos”.

Luis A. Podestá Costa dice que “el Derecho Internacional Público es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de estos con ciertas entidades que sin ser Estados poseen personalidad internacional”.

La Academia de Ciencias de la ex URSS, 1963 señala que el Derecho Internacional puede definirse como “el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en el proceso de sus conflictos y cooperación, y cuya meta reside en la salvaguarda de una coexistencia pacífica, al mismo tiempo que expresa la voluntad

de una clase dirigente de tales Estados y en caso de necesidad es defendido coercitivamente por ellos ya individual, ya colectivamente, esto en razón al pensamiento marxista-leninista que inspiró la creación de la Ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas”.

En las definiciones anteriormente aportadas por algunos autores como Jean-Jacques Rousseau, Luis A. Podestá Costa, La Academia de Ciencias de la ex URSS, Eduardo Augusto García; son respectivamente, citados por Saúl Paniagua Flores. (Flores, 2009).

Para Sergio Peña el derecho internacional es “Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre sujetos del Derecho internacional público y además, algunos actores internacionales así como sujetos u objetos de derecho a nivel nacional”. (Peña, 2011)

Por lo tanto, Santiago Benadava sostiene que “Es el derecho que rige las relaciones de la sociedad internacional, es el orden jurídico de la comunidad de Estados, es decir, el conjunto de reglas y principios que rigen las relaciones entre Estados”. (Benadava, 1993)

De acuerdo con Abelardo Torr  lo considera “como aquel que rige las relaciones de los estados entre sí y también las de estos con ciertas entidades que, sin ser estados, tienen personalidad internacional, en cuanto tienen derecho y deberes internacionales”. (Torr , 2011)

Según las ideas plasmadas por los diferentes Autores citados se concluye en una definición simplificada y concreta, el cual Derecho Internacional Público (DIP) es “aquella rama del derecho que regula la conducta de los estados y demás sujetos atípicos a través de un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”.

4.2 Fuentes del Derecho Internacional

Para Thomas Lawrence: se entiende por fuentes del derecho internacional los lugares en donde primeramente se encuentran sus reglas. Ninguna regla puede tener autoridad de ley si no ha sido generalmente aceptada por los estados civilizados; pero antes del proceso de aceptación, debe haber un proceso de formación. (Thomas, 1902)

Actualmente en la Doctrina, se destacan dos concepciones diferentes en cuanto a las fuentes del Derecho Internacional:

1. Doctrina Positivista.

Según esta doctrina, sustentada por Anzilotti la única fuente del DI es el acuerdo de voluntades, ya sea bajo la forma expresa, como es el caso de los tratados intencionales y en forma tácita, en cuyo caso nos encontramos en presencia de la costumbre. (Anzilotti, 1905)

2. Doctrina Objetivista.

En lo referente a las fuentes del derecho de gente, la concepción objetivista, se apoya esencialmente sobre la distinción entre las fuentes creadoras y fuentes formales. Las primeras son verdaderas fuentes del derecho; las segundas son los tratados y la costumbre, que no crea derecho, sino que son modo de constelación. Según Rousseau. (Rousseau, 1994)

Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de actos que concluyen en la creación de la norma jurídica y que le dan un aspecto externo a cada norma jurídica. En las fuentes formales se atiende a diversas maneras de cómo se engendra la norma jurídica. Así la norma jurídica internacional puede nacer bajo la forma o aspecto de un tratado internacional, de una costumbre internacional, de un principio general de Derecho Internacional, de Jurisprudencia Internacional, de Doctrina Internacional, de Equidad, de Acto Unilateral de un Estado, de determinación de un organismo internacional.

Las clases y el número de las fuentes del derecho, dependen del carácter y del grado de desarrollo y organización de cada comunidad, y del sistema jurídico que posea. (Sorensen, 1994). Por lo que hay que determinar la existencia y aplicabilidad de las normas internacionales tomando en cuenta el carácter cambiante del DI. El cual deben existir pruebas sobre la aplicabilidad de normas que hayan sido determinadas en el pasado, el órgano que decide no puede aplicar automáticamente una regla propuesta unilateralmente por un Estado, tiene que examinar las fuentes establecidas por el DI.

En cuanto al Derecho Internacional es preciso a distinguir entre las fuentes materiales y formales.

A- Las fuentes materiales: son aquellos factores que provocan la aparición de las normas y determinan su contenido. (Browlie, 1995). Estos pueden ser de carácter ético, religioso, o impuestos por el uso o tradición. La aceptación de esta clase de fuentes se relaciona con el problema de la validez del Derecho Internacional.

B- Las fuentes formales: son aquellas que tienen un contenido obligatorio per se, y una naturaleza jurídica. (Browlie, I., 1995) Estas han sido enumeradas en dos tratados-leyes, a saber: en el artículo séptimo del Convenio 12 firmado en la Haya en 1907, y luego en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), y de la Corte Internacional de Justicia.

4.2.1 La Costumbre

La costumbre internacional puede definirse como un reconocimiento general de los sujetos internacionales a ciertas prácticas, que los Estados consideran como obligatorias. (Lopez- Bassols, 2003)

De acuerdo a Sierra, Manuel. J. "La costumbre es la fuente original de todo Derecho. Para que una costumbre alcance el carácter de regla jurídica, no es bastante la repetición del mismo acto, sino que este sea considerado por los Estados como una norma obligatoria, por asumir una acción semejante de parte de un gran número de Estados en relación con el mismo caso, conscientes de que su actitud está de acuerdo con el Derecho Internacional". (Sierra, 1959)

Es necesario destacar que la costumbre se distingue de los usos y las normas de cortesía, y que mientras aquella es considerada como obligatoria por los sujetos de DI,

los segundos cumplidos por los Estados, sin concederles el carácter imperativo. Así se pueden encontrar ejemplos de los actos estatales que no constituyen normas consuetudinarias, como el acudir a la toma de posesión del jefe de Estado de un país. (Carrillo, 1999)

Clases de costumbres

A- Costumbres Universales.

Son normas de DI generales, las costumbres que obligan a todos o casi a todos los Estados, por lo que se les denomina generales o universales. Como ejemplo tenemos el principio a la navegación por alta mar, el principio de inviolabilidad personal de los agentes diplomáticos o la norma que establece el deber de agotar previamente los recursos internos ante el ejercicio por el Estado del derecho de protección diplomática a favor de sus naciones. (Mariño Menéndez, 1995)

B- Costumbres Particulares.

En el orden jurídico internacional existen normas que obligan a un número limitados de Estados, ya sea que formen parte de un mismo grado de desarrollo, de un mismo bloque, o únicamente tengan intereses similares en cuanto a una materia específica, como en el derecho del mar. También puede darse el caso de normas consuetudinarias bilaterales, es decir, de los Estados entre sí. (Mariño Menéndez, 1995)

4.2.2 *Tratados Internacionales.*

Los tratados son una de las más antiguas instituciones del DI, el estudio de los mismos comienza con la negociación y aprobación en 1969 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de este esfuerzo codificador se pasó a desarrollar progresivamente el derecho al introducir conceptos como el *ius cogens*, que es una aportación fundamental al Derecho Internacional convencional contemporáneo.

El tratado internacional es un acuerdo entre sujetos del Derecho inter gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos. El tratado internacional, es un “acto solemne” o autentico que consta en un documento escrito, signado por órganos competentes para negociar, con plenos poderes para concluir el tratado. (Fernández del Valle, 1989)

Los efectos jurídicos de los tratados consisten en establecer una pauta de conducta obligatoria para los Estados signatarios. De este tema no se hará más referencia en este apartado, pues más adelante se constituye un solo capítulo dedicado a los tratados internacionales, por considerar conveniente el estudio de los mismos.

4.2.3 *Los Principios Generales de Derecho reconocidos por las Naciones Civilizadas*

Se pueden conceptuar los principios generales del Derecho como aquellas directrices o postulados, producto de la reflexión lógica jurídica, que orientan a la realización de valores jurídicos, principalmente, justicia, seguridad, bien común y orden. (Arellano C., 2006)

Los principios generales del Derecho son conceptos jurídicos fundamentales, es decir, que por su validez universal se preservan a través del tiempo y del espacio y, por lo tanto, constituyen una fuente formal desde el momento que sirven de base a la creación de normas jurídicas, bien generales o bien individualizadas. Estos postulados lógicos-jurídicos orientan al creador de las normas generales (legislador o plenipotenciario facultado para celebrar un tratado internacional); al teórico que especula sobre esas normas generales o sobre problemas filosófico-jurídicos relacionados con ellos (jurisconsulto); al creador de las normas jurídicas individualizadas (juez o funcionario); y a todo aquel que pretende enjuiciar la validez intrínseca de un precepto vigente.

Los principios generales de Derecho desempeñan una magnífica misión complementaria del orden jurídico, bien nacional o internacional. Los encargados de elaborar las normas jurídicas en esos órdenes jurídicos, al fin humanos, siempre incurren en omisiones. Entonces, los principios generales del Derecho cubrirán los huecos dejados por los creadores de las normas jurídicas generales, independientemente de que a estos creadores también les hayan servido de inspiración los principios en referencia.

De ahí que, entre mayores sean las omisiones de los legisladores internos o internacionales, mayores serán los principios generales de Derecho de que habrá de hacerse uso para resolver los problemas jurídicos concretos planteados al ejecutarse las normas jurídicas.

Principio de la prohibición de abuso del derecho.

- b) Principio de que toda violación de una obligación da lugar al deber de indemnizar.
- c) Principio del deber de humanidad.
- d) Principio de la cosa juzgada.

4.2.4 Las Decisiones Judiciales.

Las decisiones judiciales constituyen una fuente secundaria pues, no crean derecho, solo lo descubren. En efecto, son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Por tanto, las decisiones judiciales son muy útiles para descubrir las normas derivadas de la costumbre y las desprendidas de los principios generales de Derecho. (Arellano Garcia, 2006)

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a las decisiones judiciales como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho internacional. La Corte Internacional de Justicia tuvo que ajustarse a que entre los países parte de Naciones Unidas se tenían distintos sistemas jurídicos, como el Common Law en los países anglosajones, en donde la ratio decidendi de las sentencias están sujetas a las previamente dictadas que obligan a fallar de la misma manera o de forma similar, o a un sistema neoromanista o de derecho legislado, en países de Europa y de Latinoamérica. (Sirvent Gutiérrez, 2003.) En esos términos no siguió un sistema de precedentes, pero se ha esforzado por mantener una consistencia judicial en sus fallos. (Brownlie, 1990)

En este punto me parece preciso distinguir entre: 1) la interpretación realizada en el fallo, como fuente del Derecho Internacional, para el Tribunal Internacional, y 2) la naturaleza vinculante de la sentencia para los Estados parte. El numeral 59 del Estatuto establece que las decisiones de la Corte sólo son obligatorias para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. En este sentido, no son obligatorias para terceros Estados ni pueden ser aplicadas de manera análoga para casos similares. (Herminio Lopez, 2001). En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sólo a nivel regional se han consolidado, hasta el momento, tres tribunales.

4.2.5 La Doctrina de los Publicistas

La doctrina como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, especificando que se trata de las doctrinas publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.

Para Luis, A Varela Quiros: (Varela Quiros, 1996). Por doctrina se entiende hoy, además de la que proviene de los tratados, los acuerdos o resoluciones colectivas de instituciones científicas, como el Instituto de Derecho Internacional, al igual que las Decisiones Judiciales, Rousseau piensa que la doctrina no merece la calificación de fuente, ni siquiera de carácter subsidiario o indirecto, pues no cabe incorporar las doctrinas como fuente creadoras de derecho internacional, puesto que la elaboración de las doctrinas es en realidad y exclusivamente una tarea crítica. Por eminentes que sean los autores no crean el derecho subjetivo; comprueban su existencia, lo comentan,

lo interpretan o lo valoran, pero evidentemente no tienen posibilidad de crearlo ya que ningún órgano estatal o interestatal les ha dado competencia para ello, de la nacionalidad efectiva y tras referirse a la jurisprudencia interna e internacional agrega: “Tal es también la tendencia que domina en la doctrina de los publicistas y en la práctica.” (Pastor Ridruejo, 1986)

CAPITULO V: Derecho internacional de los derechos humanos ante el derecho interno.

5.1 Generalidades.

Podemos decir que modernamente se ha visto que a luz de lo que se ha dado en llamar el derecho internacional de los derechos humanos, como una rama del Derecho Internacional clásico, cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre. Se trata según veremos de una nueva disciplina que posee ciertas características que la diferencia de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame per se antes los órganos metacionales. Esto lo hacen desde una perspectiva distinta, ya que los tratados que abordan estas cuestiones se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí estudiados, el hombre sujeto de derecho mientras que en los otros solamente los Estados tiene esa condición.

Podemos diferenciar como luego veremos entre el Derecho internacional de los derechos humanos sustancial creados por los pactos y el *jus cogens* y el derecho internacional procesal o derecho procesal transnacional. (Hitters, 2007)

Como lo vimos, la Carta de las ONU constituyó el primer intento serio y abarcador de ocuparse de la protección y promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, para la liga de la Naciones dicha temática era una cuestión de derecho interno en la cual no podía interferir ningún Estado. Tal tendencia a favor de los derechos humanos se consolidó con los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966, y como dice Suy, la creciente importancia adquirida en los 20 años que pasaron entre la Declaración de 1948 y los referidos Pactos de 1966, mostro que la revolución que los autores intentaron obtener excedió toda expectativa. Agrega este publicista que, con la consolidación del aludido ciclo, los derechos del hombre han sido removidos de la esfera particular de los Estados y no son considerados como propiedad privada.

5.2 Historia

5.2.1 Evolución a partir de la Carta de la ONU, Internacionalización de los Derechos Humanos

Estudiamos ya los antecedentes remotos de estos fenómenos de internacionalización y de universalización, señalamos en los apartados anteriores que en el área de los derechos humanos tuvieron su epicentro a partir de la Carta de la ONU. La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta. Desde entonces han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales que dieron en llamarse derecho

internacional de los derechos humanos y que nacieron como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos a favor de las prerrogativas de la humanidad. A causa de ellos se ha modificado el concepto de Intervención, ya que los informes (o pronunciamientos) de las entidades internacionales especializadas no son considerados como intromisión en los asuntos domésticos. El reconocimiento de los Estados del coto que significan los derechos del hombre es hoy en día una obligación internacional que estos deben asumir. Esto responde a la doctrina de la mediatización del derecho internacional, para llegar a buen puerto se necesita de la colaboración de los gobiernos.

En este orden de pensamiento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impuso la modalidad de los informes periódicos, producidos por los distintos comités de expertos, juntamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales.

Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental y posteriormente en América y en África que terminó por conformar este cuadro de situación que, como vimos, siempre es cambiante y progresivo.

5.3 Derecho Internacional Consuetudinario

Como dice Jiménez de Arechaga, lo referente a la costumbre como fuente del derecho internacional debe enfocarse según la interpretación que tiempo atrás hizo la Corte Internacional de Justicia que, en el Caso Plataforma Continental del Mar del

Norte, se enfrentó con lo que se ha denominado la medusa amorfa pero formidable del derecho internacional consuetudinario. (Jiménez de Arechaga, 1980)

En el asunto de marras el referido tribunal aplicó normas de derecho internacional consuetudinario, se ocupó de su proceso de formación y de las relaciones de las costumbres con el modelo convencional. Debemos dejar claro que en la mayoría de los casos resueltos posteriormente esta temática ha sido recurrente.

Quedaron, a partir de estos precedentes, como fondo común, algunos criterios rectores, tales como haber aceptado el valor normativo de una práctica que consolidó en un corto tiempo. Se admite de ese modo que esta fuente debe medirse según el ritmo de la vida contemporánea, y no partiendo de un lapso muy largo o inmemorial. Admitió también que este derecho no se desarrolla necesariamente con total independencia de los tratados, sino que puede a la par expresarse en convenios multilaterales de carácter general o en conferencias de codificación que tengan una amplia participación. De tal manera asegura la transición entre lo que se considera el derecho internacional del mundo europeo u occidental y el derecho internacional de hoy, universalmente aceptado.

También expuso que esta forma de derecho consuetudinario que surge de los convenios puede operar tres modos diferentes: (Jimenez de Arechaga, El Derecho Internacional Contemporaneo, 1980)

a- El texto de la convención puede suplenente declarar un precepto consuetudinario existente con anterioridad,

- b- Puede cristalizar una norma que se halle en camino de formación y
- c- La disposición de lege ferenda «para una futura reforma de la ley» de un tratado podría llegar a ser la base de una práctica estatal subsiguiente que, luego de un periodo de consolidación, se transforme en derecho consuetudinario.

Dicho Alto Tribunal Internacional reconoció que es posible que se desarrolle alrededor de la Carta de las Naciones Unidas una práctica creadora de costumbre similar a la de los Estados, por ejemplo, la referencia a la abstención voluntaria de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

5.4 Vinculo de Derecho Internacional Convencional

En el artículo 38.1 del estatuto de la corte Internacional de Justicia hace una enumeración de las fuentes, entre las que se citan a los tratados y la costumbre. En reiteradas oportunidades los autores los contrapusieron y remarcaron sus diferencias. Sin embargo, hoy en día el órgano jurisdiccional de mención demostró recientemente que el abismo no es tan grande, señaló que la necesidad de que los modelos se vinculen en forma armoniosa y subordinada, evitando una rígida dicotomía. Sobre todo, si se tiene en cuenta que es sumamente factible que una regla contenida en un tratado sea el resultado de una costumbre repetida que de pronto adquiere jerarquía convencional. (Nikken, 1988)

Jiménez de Arechaga fundamenta lo anterior tomando en cuenta los importantes frutos que ha dado la labor codificadora de los importantes frutos que ha dado la labor

codificadora de las Naciones Unidas. Por ello Villán Duran se refiere al desarrollo progresivo de la codificación del Derecho internacional de los derechos humanos.

5.5 Efecto del Derecho Consuetudinario de las conferencias generales de codificación.

La Corte Internacional de Justicia ha sostenido en diversos fallos que los convenios generales surgidos de las conferencias de codificación tienen importantes efectos en relación con la formación del derecho internacional consuetudinario. Ellos pueden ser: declarativo, catalizador, y constitutivo o generador:

5.5.1 Efecto Declarativo.

El efecto declarativo opera cuando una regla consuetudinaria se transforma en convencional por mediación de un tratado, de modo que las normas de este le dan a la costumbre un estatus normativo que antes no tenía, ello significa que dicho instrumento no ha hecho otra cosa que codificar un precepto consuetudinario preexistente.

Como ejemplo típico de esta situación, podemos citar el antiguo Caso Namibia, donde la Corte Internacional aplicó el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, como receptor de los principios consuetudinario en esta materia.

5.5.2 Efecto Catalizador

Se le da el llamado efecto cristizador cuando un tratado lleva a su seno una regla consuetudinaria que todavía no ha logrado una consistencia importante, aunque

ya muestra visos de admisibilidad, o que se encuentra como ha puntualizado la Corte en vías de formación, que luego cristaliza en un precepto convencional.

5.5.3 Efecto Generador

Como bien lo expresa Jiménez de Arechaga, el proceso de codificación del derecho internacional, además de reclamar normas consuetudinarias preexistentes, o de cristalizar otras *Statu Nascendi*, también puede producir un efecto generador constitutivo, precipitando un crecimiento rápido del derecho consuetudinario.

Efectivamente, suele suceder que una propuesta de *lege ferenda* surgida por ejemplo de una conferencia especializada constituya el punto de arranque de una práctica posterior uniforme y reiterada de los Estados. Es el caso de las sentencias pronunciadas por la CIJ en el asunto de las percherías islandesas, donde aplicó reglas consuetudinarias que se habían generado en la práctica de los Estados, sobre la base de una propuesta presentada en la conferencia sobre Derecho del Mar de 1960, y que no pudo ser adoptada por un voto de diferencia.

Según lo dijimos antes al ser un derecho imperativo por naturaleza, los principios generales que los informan adquieren un rango y un alcance que no poseen los del derecho internacional común. Son principios no solo de interpretación y aplicación (instrumentales) sino también de contenido que no depende de la voluntad de los Estados. Los del derecho internacional común son meramente instrumentales. Es decir, en la disciplina que nos ocupa se invierte la jerarquía de las fuentes del derecho internacional porque los principios permiten la creación autónoma de normas de

contenido. La interpretación de los derechos humanos no se limita al comprender el sentido de la norma positiva, sino que apunta igualmente a crear normas a partir de una situación que, en sí misma, no se halla conceptualizada jurídicamente.

5.6 Requisitos para la consolidación de una norma consuetudinaria que tenga origen de un Tratado.

Existen discrepancias entre los autores con respecto a los requisitos que debe cumplir una norma de un tratado para ser considerada como derecho internacional consuetudinario. Algunos piensan que es suficiente con saber si surge del mismo la intención manifiesta de que una de sus disposiciones cree este tipo de derecho.

Sin embargo, al interpretar Jiménez de Arechaga la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, expresada particularmente en el caso que ya hemos citado, plataforma Continental del Mar del Norte, sostiene que además de esa condición es preciso, por un lado, que exista una práctica continuada y general conforme a lo dispuesto en el tratado, y por otro la *opinio juris*, esto es, la convicción de que esa práctica se ha convertido en obligatoria por existir un precepto jurídico que lo exige.

Es decir, según esta postura que compartimos los condicionamientos de una regla consuetudinaria que tiene su origen en un tratado son los siguientes: 1) el carácter creador de dichas normas, lo que significa la manifestación de la voluntad en tal sentido expresada en el instrumento. 2) la existencia de una práctica extendida y general que implica que los Estados, incluidos aquellos que estén especialmente interesados, la hayan utilizados en forma reiterada (*practica establecida*). 3) La *opinio juris*, esto es la

exigencia de un componente subjetivo que implica la creencia de que dicha práctica se considera obligatoria conforme a una norma jurídica que así lo determine. Como dijo la Corte en el asunto de referencia: El Estado interesado que cumple lo que supone una obligación jurídica.

5.7 Integración en los Sistemas Constitucionales

Antes de continuar, es prudente aclarar que la elección del modelo dualista o monista no corresponde al derecho internacional, es un principio una típica cuestión interna que resulta de la competencia de las Cartas Magnas de cada Estado.

Hemos anticipado que en el derecho constitucional contemporáneo tiene amplia repercusión la teoría monista, que propone la incorporación automática de las reglas internacionales en la legislación interna, sin necesidad de ninguna transformación. Ello es así, según veremos, tanto para los preceptos convencionales para los consuetudinarios, El Derecho comparado muestra diversos caminos para lograr estos objetivos. En efectos las Cartas Supremas posteriores al año 1945, tienen casi todas algunas reglas que establecen que los tratados o para decirlo claramente, las reglas generales del derecho internacional son parte del derecho interno. Sin embargo, en los países que no contienen expresamente estos principios, la jurisprudencia cubrió el vacío tras llegar a la misma conclusión.

No obstante, recordemos que en ciertas latitudes impera la corriente dualista, sea para todo el derecho internacional o solo para el convencional. En este último caso imponen la obligación de dictar una ley de adaptación o de incorporación. A su vez,

existen situaciones en las que los Estados adoptan la posición monista para los tratados y la dualista para el derecho consuetudinario, hacen funcionar la necesidad de transformación para imperar en el ámbito doméstico.

Dijimos que hay, en verdad, una prioridad del monismo sobre la corriente opuesta; no obstante, lo cual conviene remarcar que el ámbito positivo, la solución es relativa: ambos esquemas coexisten, pues la realidad aparece reflejada a través de una pluralidad de sistemas nacionales. Más exactamente, la cuestión como expresa Compte se sitúa en una zona de interferencias entre el derecho internacional, concebido como una disciplina unitaria, y el interno, propio de cada Estado. (Compte, P.,1962)

5.8 Normas de Derecho Internacional y su Jerarquía.

Dijimos que una cuestión es lo referente al monismo y dualismo, ya que hemos abordado sistemáticamente en los párrafos precedentes; y otra, saber que jerarquía tiene el derecho internacional incorporado con relación al interno, es decir, cual prevalece en las hipótesis de conflicto. Si bien ello está claro en teoría, la cuestión a veces se complica en la práctica.

Para Compte Philippe, “los epígonos del monismo afirman sin embargo la prioridad del derecho internacional sea convencional o consuetudinario sobre el local. Scelle decía claramente que en caso de contradicción las reglas domesticas deben de considerarse ipso facto derogadas, criterio que ha sido ratificado por la propia Corte Internacional de Justicia.” Compte P. (1962 p. 117).

Sin embargo, ello debe analizarse desde el punto de vista del derecho constitucional de los distintos países, y aquí la solución no es tan categórica, ya que existen varias posturas, que a continuación describiremos.

a) Primer grupo. Hay naciones que sitúan al tratado en la misma jerarquía que la ley ordinaria. Es el caso de Argentina y Uruguay, también del artículo VI (párr. 2) de la Constitución Federal de los EE.UU., aunque la jurisprudencia considera al derecho internacional convencional con el mismo rango que las leyes ordinarias, pero por debajo de las federales, que tienen prioridad de los tratados.

b) Segundo grupo. Este modelo pone al tratado por encima de la ley ordinaria, pero por debajo de la Constitución. Es el caso de Francia (art. 55) y de nuestro país, "...en caso de conflicto, prevalecerá el tratado" art. 144 Cn.

c) Tercer grupo. Tal sector les ha conferido a instrumentos internacionales una jerarquía superior a la ley ordinaria, igual a la de la constitución. En tal sentido cabe mencionar a las Constituciones de Guatemala. (arts. 46, 102.t).

d) Cuarto grupo. Hay Estados que le confieren a las normas en cuestión la más alta jerarquía, inclusive por encima de la propia Carta Fundamental. Es el caso de la Constitución de los países bajos (arts. 63 y 66).

El primero de los grupos, al dejar traslucir que una ley ordinaria posterior puede derogar un tratado, reaviva en alguna medida la vieja postura dualista, pero en realidad es erróneo, pues no tiene en cuenta que desde la vertiente internacional el conflicto con una norma de esa naturaleza no es otra cosa que una violación justamente del derecho

internacional, que pone en marcha la responsabilidad del Estado. Como apunta Jiménez de Arechaga, si el juez de un país le da prioridad a una ley posterior sobre un tratado o una regla consuetudinaria preexistente, el Estado debe cumplir de todos modos la obligación internacional, aunque sea por conducto distinto.

Esta problemática fue resuelta por la Corte Federal norteamericana en el siglo XIX, en el caso *Whitney vs. Robertson*, al negarle aplicación a un tratado en crisis con una ley del congreso. Ello significa que la norma internacional subsiste, aunque no sea esgrimida por las autoridades internas, aun siendo ejecutable ante los tribunales internacionales.

5.8.1 El Derecho Comunitario y el Orden Público Comunitario.

Sin embargo, veremos ahora algunos nuevos matices con relación a los derechos humanos que nos parecen importante recalcar. Como lo anticipamos, se presenta en general el problema de la preeminencia del derecho interno sobre el internacional y viceversa, temática a la que aludimos en este capítulo. Pero la cuestión se complica, pues aparece en juego un tercer factor de discordia: el derecho comunitario. Si bien tiene grandes similitudes con el derecho internacional justamente por no ser doméstico su esencia es transnacional, como la del que corresponde al ámbito de los derechos humanos, en el caso de las uniones interestadales regionales. (Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2007)

En caso de conflicto entre una norma interna relativa a los derechos humanos y una comunitaria, ¿cuál debe prevalecer?

Según Cappelletti, en los tratados creadores de las comunidades europeas no existe un catálogo sistemático de derechos y libertades fundamentales del hombre, ya que sus ideólogos no habían siquiera considerado la posibilidad de incluir una declaración de derechos, pues su intención prístina fue ceñirse a las cuestiones económicas. (Cappelletti, 1984)

Estas omisiones significaron luego un grave riesgo de desmembramiento del orden jurídico comunitario, ante la intención de los tribunales constitucionales locales de hacer prevalecer las garantías que surgen las cartas magnas domésticas, por encima de las disposiciones comunitarias. (Carrillo Salcedo, 1986).

CAPITULO VI: PRESENTACIÓN, DESCRIPCIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENTREVISTA A ESPECIALISTAS

Se realizaron entrevistas a expositores clave, a partir de su experiencia en el área, particularmente su experiencia laboral en la administración de justicia y la docencia, unos en Derecho internacional Público, otros en Derecho Constitucional y además los que conocen de Derechos Humanos.

6.1 Relación de los Principios de Supremacía Constitucional y el de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno

La primera situación por comprender ha sido el significado de estos principios, y como se relacionan en el marco tanto del Derecho interno como del Derecho Internacional.

6.1.1 Principio de Supremacía Constitucional

Es un principio del Derecho constitucional que ante todo postula, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico de ese país, considerándola como Ley Suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.

En general se explora la “doctrina según la cual las normas de la Constitución prevalecen sobre todas las demás, de tal suerte y manera que, cualquier disposición de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones administrativas, sentencias, negocios jurídicos, etc., que no estén de acuerdo con la Constitución carecen de validez y corresponde declarar su nulidad o más propiamente, hablando en el lenguaje de esta ciencia, su inconstitucionalidad” Osorio M. (1995).

Así, según cada país los instrumentos internacionales como los tratados, las convenciones internacionales o pactos internacionales gozarán o no del mismo rango que la Constitución Nacional de cada uno de ellos.

A. Ziulu(2014) afirma “el principio de supremacía constitucional, en su expresión mas generalizada implica, reconocer a la Constitución como norma fundamental, de un Estado, ósea, adjudicarle la calidad de norma superior.(p.99)

Por su parte, Quiroga (1987) define la Supremacía Constitucional como “la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado.” (p. 15).

Es decir que se entiende un orden del Estado, regulado por un sistema jerárquico de leyes en el que la constitución está en la cúspide.

Esto último nos lo menciona Montoya A. cuando afirma: “naturalmente es de remontarnos a Hans Kelsen, quien fue el gran Jurista que formuló una teoría sobre cómo iba a estar estructurado el ordenamiento jurídico, el cual es una estructura jerárquica, es la que obedece a la Supremacía de la Constitución, ósea que la Constitución está por encima de los tratados y las demás leyes.”, (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Luego, Montoya reafirma esta posición: “ahora bien, en la doctrina se habla de la pirámide de Kelsen, y es una forma en la cual esta, estructurado el ordenamiento jurídico de un país y por encima de todas las leyes, naturalmente se encuentra la Constitución.” (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

El grafico que representa la relación de posición en el ordenamiento es una pirámide, en la base de la cual se encuentran los reglamentos y ordenanzas.

Como recordamos la Comisión del estudio del proyecto de Constitución de 1983 en la redacción del artículo 149 baso sus puntos de vista en varios argumentos, el primero de ellos “acepta como principio el de la supremacía de la Constitución en el territorio de El Salvador, puesto que no concibe que mediante la violación de la propia Constitución pueda sobreponerse otro orden jurídico distinto que obligue a los tribunales nacionales” (p. 21)

Pero de forma expresa, la Constitución de El Salvador, es contundente en este punto teniendo un artículo específico, como lo argumenta M. Guevara “ El principio rector básico, en el sistema salvadoreño, porque la constitución prevalecerá (art. 246 Cn.)” (Comunicación personal, 30, de enero 2019).

En el Inciso 2°, se establece: “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y El interés público tiene primacía sobre el interés privado.” (Cn, 1983)”.

6.1.2 El Principio de Supremacía Constitucional en Derecho Comparado

Expresándolo este principio en el Derecho Comparado tenemos la forma en que se expone en otros países:

ARGENTINA

El Artículo. 31 de la Constitución Nacional dice: “esta constitución, las leyes que en su consecuencia el Congreso dicte y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación”.

Estados Unidos

La Cláusula de Supremacía del Artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos establece:

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados hechos, o que se harán, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley suprema de la Tierra; y los Jueces en cada Estado estarán

obligados de este modo, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Excepto por la arrogancia de la expresión “Ley suprema de la Tierra”. Esta cláusula establece con claridad, la preeminencia de la Constitución en el marco legal estadounidense.

México

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Perú

El artículo 51º de la Constitución Peruana señala que:

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.” En tal sentido se impone a todos los peruanos, como principio constitucional, la primacía de la Constitución y la ley, según el cual se debe obediencia plena a la Constitución Política del Estado.

República Dominicana

La Constitución Dominicana en su artículo seis sobre la supremacía constitucional, establece:

"Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución".

Venezuela

Siguiendo la tesis de supremacía de Hans Kelsen, es la constitución dentro del ordenamiento jurídico Venezolano la norma Suprema, y las demás leyes emanan de ella, teniendo como fundamento legal de la supremacía constitucional los artículos 7, 131, 333, 334, 335. El artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, expresa que:

"La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución" Indicando así, la Primacía de la Constitución y la sumisión al derecho de las personas y órganos del Poder Público.

Colombia

Se desprende del artículo 4 de la constitución política que dice que: "la constitución es norma de normas carta magna y que ninguna ley de inferior categoría podrá contradecir la constitución."

PAÍS	POSTURA
ARGENTINA	El Artículo. 31 de la Constitución Nacional dice: “esta constitución, las leyes que en su consecuencia el Congreso dicte y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación ”.
ESTADOS UNIDOS	Artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos establece: Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los Tratados hechos, o que se harán, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley suprema de la Tierra; y los Jueces en cada Estado estarán obligados de este modo, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado. Esta cláusula establece con claridad, la preeminencia de la Constitución en el marco legal estadounidense.
MÉXICO	Art. 133. - Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma , celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.
República Dominicana	La Constitución Dominicana en su artículo seis sobre la supremacía constitucional, establece: "Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución ".
Venezuela	Venezuela El artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, expresa que: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución" Indicando así, la Primacía de la Constitución y la sumisión al derecho de las personas y órganos del Poder Público.
Colombia	Colombia Se desprende del artículo 4 de la constitución política que dice que: “la constitución es norma de normas carta magna y que ninguna ley de inferior categoría podrá contradecir la constitución.”

6.1.3 Jurisprudencia

Sobre la supremacía constitucional: “debe afirmarse que la supremacía de la Constitución se ha venido consolidando hasta lograr plena firmeza en nuestro tiempo, no sólo al garantizar a través de los procesos constitucionales, sino al introducirse en la Constitución vigente el artículo 246 -que en la de 1950 era el artículo 221- enunciando de manera categórica la subordinación de la ley y las otras disposiciones a la Constitución” (Sentencia de 29-IX-95, Amp. 1-C-94).

6.1.4 Síntesis del Principio de Supremacía Constitucional

De acuerdo con Manchego (s.f.) “La supremacía de la Constitución se evidencia, por un lado, en que la Constitución dentro del ordenamiento jurídico se desenvuelve como la fuente de las fuentes del Derecho”. (p. 241)

Lo que le otorga precisamente su jerarquía y sobre ello sostiene.

“Es la norma normarum, al establecer el sistema de creación y reproducción de las normas jurídicas y además prevalecer por sobre todas las normas que existan o se creen dentro del ordenamiento jurídico” Manchego (p.41)

Por otro lado, la Constitución, tiene la peculiaridad de decretar la inconstitucionalidad de las leyes que se muestren incompatibles con ella, derogándolas y expulsándolas del ordenamiento.

De tal forma, la Constitución, ya sea por el ente que lo creó o por el lugar que ocupa dentro del ordenamiento jurídico, siempre es vinculante y opera por sobre las demás normas jurídicas existentes.

6.1.5 Principio de Preeminencia del Derecho Internacional

Preeminencia es un término que tiene su origen en el vocablo latino praeminentia. preeminencia. (del lat. praeeminentĭa). f. Privilegio, exención, ventaja o preferencia Puede entenderse a la preeminencia como el privilegio o la superioridad que goza algo o alguien. (Diccionario de la RAE.).

La preeminencia también puede entenderse como primero en orden de prelación.

En Derecho, se utiliza el término para referirse a la preeminencia del derecho internacional, sobre el Derecho interno. De esta forma se quiere expresar que, en una eventual colisión entre el Derecho Interno y el Derecho internacional, expresado en instrumentos internacionales como los tratados suscritos por los Estados, Convenciones, Pactos, etc, o ante situaciones políticas, económicas o sociales de cierto tipo que se considera que atenten con los derechos humanos, laborales o de otro tipo, debe primar el derecho internacional en pro del bienestar de las personas afectadas.

Es decir que se toma la legislación internacional como la más favorable para resolver situaciones de conflicto entre el Derecho Interno de un país y el derecho internacional. Esto aplica principalmente como se ha dicho, en materia de Derechos Humanos y Derechos laborales, además de los conflictos limítrofes.

Por supuesto, este principio no aparece desarrollado doctrinariamente tanto como el principio de Supremacía Constitucional. Aparece entonces como un principio no prescrito, que se deduce del análisis de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y del análisis del Derecho internacional público.

En el caso de las constituciones, en la región solo Guatemala, bajo el epígrafe de “Preeminencia del derecho internacional”, en su Artículo 46 plantea este principio de forma expresa, en relación explícita en materia de Derechos Humanos, de la siguiente manera:

Art.46 Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno (Constitución Política de la República de Guatemala 1985)

6.1.6 Principio de Preeminencia del Derecho Internacional Comunitario

En el caso del Derecho Comunitario, también se reconoce, este principio, precisamente porque es un derecho que trasciende las fronteras de los Estados, a este respecto, Guerrero (2003), lo define como:

El complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones de las Comunidades de Estados con otros sujetos de derecho internacional entre los que se encuentran no solo los Estados y las Organizaciones Internacionales sino también los, Organismos e Instituciones Comunitarias y los particulares sean estas personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados miembros.

El Derecho Comunitario es en esencia una forma de Derecho Internacional, que crean un grupo de Estados precisamente para establecer unas normas que regulen sus

relaciones, de tal manera que exista un beneficio mutuo y un respeto colectivo de ese conjunto de normas en particular. Por supuesto aquí se plantea de nuevo la relación entre Derecho Interno y Derecho Internacional, para este caso el Derecho Comunitario, en el que también, se expresa con mas claridad la relación entre los principios de Supremacía Constitucional y el de Preeminencia del derecho Internacional sobre el derecho Interno, y en el que además se reconoce la primacía del Derecho Comunitario, López y Yepes (2009) , lo plantean de forma breve como sigue: “La preeminencia, que es la virtud que tiene el ordenamiento comunitario de primar sobre una norma de Derecho interno que se le oponga.” (p.198).

6.2 Predominio del Principio de Supremacía Constitucional

Uno de los aspectos centrales que se ha querido explorar a través de consultas con los profesionales del derecho, es lo que, a través de la opinión pública, se comenta que en nuestro país predomina el principio de supremacía constitucional.

Este es un principio del Derecho constitucional que como se expuso, ante todo postula, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todo el ordenamiento jurídico, considerándola como ley suprema del Estado y fundamento del sistema jurídico.

A los entrevistados, se les realizó la siguiente pregunta:

¿Podría decirse que en la aplicación del Derecho en nuestro país predomina el principio de supremacía constitucional?

Al respecto obtuvimos los siguientes aportes.

El abogado y profesor de Derecho Montoya A. reafirma lo ya expuesto sobre la primacía del principio de supremacía constitucional, y además agrega:

En nuestro ordenamiento jurídico, de una forma muy particular predomina ese principio de la Supremacía de la Constitución, en donde toda ley, decreto o cualquier orden debe estar sometido a la Constitución, es decir que ningún reglamento, Ley o ningún Tratado está por encima de la Constitución, en nuestro ordenamiento predomina la Supremacía Constitucional. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Esta postura le concede el rango superior a la Constitución, incluso sobre los tratados los cuales los concibe en una condición infraconstitucional. Por su parte, Guevara M. se expresó en los mismos términos: “El principio rector básico, en el sistema salvadoreño es el de supremacía constitucional, porque se establece que la constitución prevalecerá, art. 246 cn, se fundamenta en el principio de jerarquía constitucional, principio de unidad constitucional” (Comunicación personal, 30 de enero 2019).

Efectivamente el Art. 246 inciso 2° Cn. Establece de forma tácita: “-La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos”.

Valladares E. también en su condición de Juez de la República recuerda que:

“Constitucionalmente hablando, todo juez está obligado a cumplir y hacer cumplir la Constitución. En esa medida a la hora de aplicar la ley al caso sometido a su decisión debe realizar una interpretación conforme a la Constitución a fin de armonizar la ley con

la Constitución y si esto no es posible debe dar prioridad a ésta última frente a la ley.

Siendo aquí donde predomina el principio de Supremacía Constitucional.

(Comunicación personal, 08, de enero 2019)

Esto último a tono con lo encontrado en la Sentencia de 10-VII-96, Amp. 5-S-96, en la que se lee:

“Sobre la obligatoria preferencia en la aplicación de la Constitución sobre las leyes: “no debe perderse de vista que, conforme a la normativa constitucional, todo juez -entiéndase cualquier entidad jurisdiccional, sea unipersonal o colegiada- está obligado a aplicar preferentemente la Constitución. Esto es una obligada consecuencia del carácter normativo de la Constitución [...] contemplado de manera solemne en el artículo 246 de la Constitución” (Sentencia de 10-VII-96, Amp. 5-S-96).

De este aporte se retoma además que ningún Tratado está por encima de la Constitución, en nuestro ordenamiento jurídico y además que, según cada país los instrumentos internacionales como los tratados, las convenciones internacionales o pactos internacionales gozarán o no del mismo rango que la Constitución en cada uno de ellos.

En el caso, del artículo 149 de la Constitución se podría entender que esta prevalece sobre los tratados internacionales. Donde se lee “La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia...”

Revisando las sentencias relacionadas se encontró que:

Sobre la supremacía constitucional: “debe afirmarse que la supremacía de la Constitución se ha venido consolidando hasta lograr plena firmeza en nuestro tiempo, no sólo al garantizar a través de los procesos constitucionales, sino al introducirse en la Constitución vigente el artículo 246 -que en la de 1950 era el artículo 221- enunciando de manera categórica la subordinación de la ley y las otras disposiciones a la Constitución” (Sentencia de 29-IX-95, Amp. 1-C-94).

Estamos frente a un principio que le reconoce la jerarquía a la Constitución respecto de las demás leyes tal como se expresa en la primera línea de la Sentencia de 10-VII-96, “Sobre la obligatoria preferencia en la aplicación de la Constitución sobre las leyes...” Es decir, en el marco del Derecho interno.

6.3 Conflictos entre el Principio de Supremacía Constitucional y el de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

Una de las inquietudes que se ha querido abordar es si se podría presentar conflicto entre el Derecho interno y el Derecho internacional y particularmente entre los citados principios. Por lo mismo se pretendió que los entrevistados desarrollasen, esta parte y se les interrogó:

¿Se pueden presentar conflictos entre el principio de supremacía constitucional y el de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno?

Al respecto García H, juez y Profesor de Derecho Internacional Público, expresó lo siguiente:

Prácticamente hay un principio básico y es el principio de buena fe que rige un principio general de derecho y qué tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones, nadie se obliga con alguien que incumple y es por eso que se habla de una preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno pero que también las tendencias actuales del derecho constitucional en gran parte hay mucha uniformidad sobre todo en materia de Derechos Humanos. (Comunicación personal, 18 de enero 2019).

Sobre el principio de “buena fe” , se hace la siguiente pregunta ¿Cuál es el sentido de la expresión “buena fe” en el dominio del derecho internacional público?. internacional.

Entenderemos por buena fe un principio general del derecho que en dominio internacional se traduce en la convicción de estar actuando, en todo momento, conforme al derecho y la justicia, de manera leal y oportuna en virtud de la deseable reciprocidad que ha de existir y fomentarse en las relaciones entre los diversos actores del ámbito supranacional.

Las fuentes normativas que consagran la buena fe en materia de Derecho internacional, de forma expresa son la Carta de Naciones Unidas y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En su artículo 2.2, la Carta de Naciones Unidas establece que “los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de

conformidad con esta Carta”. Una manifestación de esa obligación general consagrada en la Carta, se encuentra, por ejemplo, en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, que en su artículo VI estipula que los “Estados parte de comprometen a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear”. (Carta de la ONU, 1945).

En el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reconoce expresamente a la buena fe en diversas materias reguladas por ella. Esta, en su preámbulo declara que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”. Luego, en su artículo 26, establece "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Luego, en materia de interpretación se establece que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la CVDT).

Retomando el aspecto inicial sobre el conflicto entre el derecho interno y el derecho Internacional, El Profesor Guevara M. comentó: “Pueden existir conflictos cuando regulan materias como derechos humanos, en materia penal, extradición, terrorismo, pero no entre las normas nacionales de protección de los derechos y las normas internacionales. (Comunicación personal, 30 de enero 2019). Por su parte El Maestro García H.N. expresó:

Lo que pasa es qué habría que ver en qué clave está escrita la Constitución como decíamos habla mucho más en su silencio y en sus palabras hay que ver quién interpreta el derecho, la Constitución ósea, o al menos yo percibo que en materia de Derechos Humanos no hay contradicción entre la Constitución y el derecho internacional de los Derechos Humanos más bien entendería que de alguna manera no de manera explícita pero si implícita, pues existe una suerte de bloque de constitucionalidad y mucho más que eso, no una supremacía del derecho internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho interno. (Comunicación personal, 18 de enero 2019).

El Maestro Montoya A. hacia la siguiente relación:

En el Artículo 149 de la Constitución, las normas constitucionales no son normas yuxtapuestas es decir que usted va hallar una contradicción entre una norma y otra; por ejemplo, alguien dice, aquí hay una contradicción entre el Artículo 2 y 27 de la Constitución porque el art. 2 establece que: Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. y el Artículo 27, Sólo podrá imponerse la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares durante el estado de guerra internacional.

Es decir que, si hay supuesto que se permite la pena de muerte, pero no entra en contradicción; y además comenta: Digamos que en efecto existe una norma en materia de Derecho Internacional, que los Estados no pueden aplicar, yo creo que la excepcionalidad, en el caso de la Ley de amnistía, se hace extensivo, como un caso

que aun esta por ventilarse, y es el caso de Monseñor Romero, en una resolución, pero la comisión de la Corte Interamericana, todavía no se ha pronunciado.

También falta que se pronuncien en el caso de los Jesuitas, pero esa cuestión es estrictamente de aplicación, pero si hay alguna disposición que vaya en contra de cualquier texto de la Constitución, simplemente se va aplicar la Constitución por encima de cualquier Tratado esa seria, digamos la única excepcionalidad. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Si el artículo 144 de la Constitución es por donde ingresan los tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, como el tratado de Libre Comercio.

AM

A este respecto la abogada y también profesora de Derechos Humanos Ernestina Reyes, afirma:

“Si, se puede presentar conflictos, cuando hay normas constitucionales que no son acorde al derecho internacional de los Derechos Humanos... hay que distinguir, porque por ejemplo las tendencias de las constituciones en avanzada hacen prevalecer sus normas derecho internacional de los Derechos Humanos o las normas ius cogens, pero no cualquier tipo de derecho, porque el derecho internacional tiene una gran variedad, entonces no es cualquier derecho, aunque haya tendencia a darle una complementariedad de forma general, el conflicto que se puede presentar yo le podría decir el conflicto se puede dar en la norma que es contraria a la Constitución y si interpretamos el artículo 144 Cn en el inciso segundo “en caso de conflicto entre un

tratado y la ley prevalece los tratados”, este artículo es el que se ha utilizado para justificar la prevalencia del derecho interno en relación a la constitución.

Porque esta norma en la que omite los tratados en forma infraconstitucional y supralegal, entonces bajo esta norma se justifica que prevalece la constitución sobre los tratados, porque nosotros tenemos una clasificación de tratados y qué, sobre las leyes secundarias van a prevalecer los tratados en una especie de clasificación o de prevalencia que se establece; entonces el conflicto se daría cuando el derecho internacional en general este regulando normas contrarias a la constitución, pero en principio no tendría que aprobarse tratados que sean contrarios a la constitución porque las mismas disposiciones constitucionales regulan esos supuestos pero como sabemos que en la práctica si se dan, por qué por ejemplo del 145 dice: no podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Esa es la regla general, no tendría que darse ese conflicto a menos que se haga con la reserva correspondiente las disposiciones del tratado sobre las reservas no son leyes de la República, la Constitución da como la Pauta, decir si es contrario a la constitución. Dentro del proceso de ratificación del tratado se manda o ir a la corte. (Comunicación personal, 16 de abril 2019).

De conformidad al sistema de fuentes del derecho no existe ningún conflicto. Ver artículos 144, 168 ord. 4°, y 131 ord. 7°. La Constitución como la norma fundamental es

la que fija el procedimiento de validez, a partir del cual los tratados y convenios pasan hacer leyes de la República. Por tanto, si la Constitución es la creación del Poder Constituyente y el tratado fruto de un poder constituido, la Constitución siempre está por encima del derecho internacional. De ahí, que este derecho al igual que cualquier otra ley configuran el objeto de control constitucional. Valladares E. (Comunicación personal, 8 de enero 2019).

¿Pero se puede presentar conflicto entre Estos principios de supremacía constitucional y el de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno?

La posibilidad Sí, pero la veo un poco..... quizás habría que saber diferenciar entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional corporativo, prácticamente el poder económico mundial, las grandes empresas transnacionales, tienen la capacidad como para doblegar la voluntad y por necesidad pueda ser que acepten compromisos que podrían ser inmorales, contrario de la constitución, en materia laboral el problema se debe en el derecho internacional en la relación que se establece con una norma imperativa ius cogen con una norma consciente o con una norma corriente lo que implicaría subordinar el resto de los derechos internacionales al resto de los derechos internacionales de Derechos Humanos. García H. (Comunicación personal, 18 de enero 2019).

Cuando hay un tratado que entra en contradicción con la constitución, eso nosotros lo vamos a resolver, aplicando el artículo 149 de la Constitución, el cual establece: La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro

de la potestad de administrar justicia. Montoya A. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

6.4 Efectos Jurídicos que produce un Instrumento Internacional en la Legislación Interna

Independientemente de que se adopte el dualismo o monismo, resulta necesario que el derecho interno incorpore al derecho internacional, a través de un mandato constitucional que determina qué normas se integran al ordenamiento nacional.

a) Procedimiento de incorporación. Este procedimiento de vinculación lo siguen todos los países de Iberoamérica en lo atinente a la materia de los tratados, sujetan la aplicación, en el ámbito interno, al cumplimiento de distintos requisitos que varían de un Estado a otro, dichos requisitos pueden consistir por ejemplo: en una declaración previa de constitucionalidad, en su conformidad con la Constitución, en una aprobación simple o calificada dependiendo de la materia por un órgano parlamentario, la celebración del tratado por el Poder Ejecutivo o presidente o por una combinación de los mismos.

b) Procedimiento de remisión. Algunas de las Constituciones utilizan como mecanismos de vinculación la remisión a las normas internacionales, dicha técnica es utilizada en materias como fronteras marítimas, espacio aéreo y la incorporación de los principios de derecho internacional. Cabe señalar que no se sujeta la incorporación de las normas internacionales, en las materias antes señaladas, al cumplimiento de determinados requisitos, como el de la conformidad con el derecho interno o ajustarse

al marco constitucional, podría afirmarse incluso que en la mayoría de los casos las normas de derecho internacional tienen el mismo rango jerárquico que las constitucionales, por cuanto se lleva a cabo una remisión en blanco.

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

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

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

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

Al respecto se realizó la siguiente pregunta a profesionales conocedores en la materia:

¿Qué efectos jurídicos que produce un instrumento internacional en la legislación interna?

Según Guevara M. Art. 144 cn, ratificados los tratados son leyes de la república.
(Comunicación personal, 30 de enero 2019)

“Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.”

De la misma forma Valladares E. responde en la misma línea. El de ser una ley más de la república, pues un instrumento internacional está en el mismo nivel de la ley. Siendo la Constitución la que prescribe que en caso de contradicción entre la ley y el tratado prevalece el tratado. Por otra parte, amplía el catálogo de derechos tutelados.
(Comunicación personal, 08, de enero 2019)

R// El efecto que al tenor del artículo 144 que una vez ratificado, es ley de la República y que también el tratado prácticamente se convierte en ley de la República con una condición supralegal e infraconstitucional.

Supralegal

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

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

” art 7o.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.”

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

- Un tratado podría ser reputado inconstitucional, en caso de oponerse a la constitución nacional.

- Los tratados deben interpretarse de conformidad con las reglas constitucionales.

- La ley nacional no puede derogar o modificar un tratado ratificado; aun siendo posterior, adolecería de inmediata invalidez, dada la jerarquía prevalente del tratado. De aceptarse el principio pro homine, una ley posterior, aun con una jerarquía inferior a un tratado, se puede aplicar con prevalencia, en tanto establezca o consagre protecciones más favorables a las personas que las consignadas en el tratado internacional. Esta ley posterior más favorable, no deroga formalmente al tratado internacional, pero podría hacerlo inaplicable en razón de su carácter más protector, independientemente de su jerarquía inferior. Como se verá más adelante, la mayoría de las veces son los propios tratados los que permiten expresamente este extremo.

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

Legal

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

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

Supraconstitucional

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

García H. por su parte, expone, “habría que ver eso de infracción constitucional ya en materia de derecho internacional de los Derechos Humanos pudiera hablarse de que conforman un bloque de constitucionalidad, aunque no los acepte de manera expresa la Constitución.

Yo creo que una reforma a la Constitución tendría que diferenciar el derecho internacional de derechos humanos de otra rama del derecho internacional. En Argentina por ejemplo: le da el estatus igual jerárquico de la Constitución y los tratados

en materia de derechos humanos y no a cualquier otro tratado incluso la redacción parece que tiende como a homologarse en los tratados.

Así es y hay artículos que dan garantía por ejemplo en materia de derechos humanos y sobre todo lo que tiene que ver prácticamente en materia de Derechos Humanos dentro de ellos encontramos el derecho imperativo que tiene que ver con el orden del derecho internacional y que por tanto todo el derecho internacional debería estar subordinado al derecho internacional de los Derechos Humanos. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Frente a la teoría monista del derecho que postula la supremacía de la Constitución (nacionalista), está la teoría monista que postula la supremacía del derecho internacional sobre el interno, el cual tiene como uno de sus más insignes representantes a Hans Kelsen.

Uno de los argumentos invocados por la Comisión para hablar de la supremacía de la Constitución sobre los tratados se basa en que:

“El admitir que los tratados pueden tener una jerarquía superior al orden constitucional equivale a abrir la puerta para que pueda modificarse la Constitución sin las formalidades en ella previstas. A manera de ejemplo: Si llegara a ratificarse con todas las formalidades constitucionales un tratado en que se establezca la extradición de salvadoreños, y si no se deja claramente consignada la supremacía de la Constitución, la Corte Suprema de Justicia o el tribunal correspondiente, podría, basado en la teoría de la supremacía del Derecho Internacional, conceder esta extradición.

Casos similares puede sucederse en las materias relativas a la soberanía, al territorio, a los derechos humanos y a cualquier otro aspecto constitucional.” (Proyecto Constitución 1983)

Dentro de esa concepción monista nacionalista y de unicidad del ordenamiento jurídico, independientemente del origen de las normas –nacional o internacional- se establece que estas no tienen la capacidad de alterar los principios, derechos y obligaciones establecidos en la Constitución. (Art. 246 inc. 1º Cn.) Así pues, los Tratados internacionales se han de considerar como ‘leyes de la república’ al entrar en vigor, conforme a los requisitos para ello establezca el mismo tratado y el procedimiento que deba seguir conforme a la Constitución. (Art. 144 inc. 1º).

Al respecto la Sala de lo Constitucional ha advertido, que como consecuencia de esa supremacía de los Tratados sobre la legislación ordinaria: “el Derecho internacional-cuya aplicación es preferente y "goza de supremacía respecto de cualquier legislación ordinaria nacional"-, dispone la obligación de no utilizar el internamiento como medida preferente, y por el contrario enumera otras medidas alternativas. El art. 22 de la ley impugnada es, por tanto, contrario a la normativa internacional ratificada por El Salvador, violando en consecuencia el art. 144 Cn., por lo que debe ser declarado inconstitucional.”

2. Ahora bien, dentro de las formas en que un Estado puede obligarse para con otro, según el literal b) del Art. 2 se prevé la "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, términos con los cuales se denomina “el acto internacional (...) por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en

obligarse por un tratado"; de los cuales, para el caso de El Salvador solo opera la 'ratificación' y la 'adhesión', porque la "aceptación" o la "aprobación" supondrían que el agente del Estado tendría 'plenos poderes'³¹³ para obligar al Estado.³¹⁴ Todo ello, de conformidad con el Art. 131 N° 7 Cn., según el cual corresponde a la Asamblea Legislativa el "Ratificar los tratados o pactos que celebre el Ejecutivo con otros Estados u organismos internacionales, o denegar su ratificación". Por tanto, no tiene un funcionario del ejecutivo facultades ('plenos poderes') para obligar. Pero en virtud de esa supremacía constitucional, se imponen límites a la Asamblea Legislativa para la ratificación de Tratados; entendiéndose que también lo ha sido para el funcionario que representa al Estado en el proceso de elaboración del tratado, quien no debía aprobarlo plasmando su firma en el texto negociado.

Al respecto Reyes E. comento: Se vuelve una ley de la república, entonces, es de obligatorio cumplimiento y si el tratado no se ha ratificado no es ley de la república.

Hay dos tipos de ratificaciones uno es la ratificación como el acto unilateral del Estado para obligarse ante un tratado,[...] que está previsto como el proceso de incorporación y la ratificación como establece nuestra constitución en el procedimiento para después obligarnos internacionalmente ese acto unilateral, entonces eso es lo que vuelve al Tratado a someterse a una ley de la república ...hay un acto internacional donde se suscribe el tratado es parte de él y después lo trae a aprobación a la Asamblea Legislativa para que posteriormente si la asamblea lo aprueba se ratifica internacionalmente. (Comunicación personal, 16, de abril 2019)

Entonces ¿qué pasó si usted se quedó en el proceso de la suscripción única del tratado?

En su caso el Montoya A. comento: Si en la conferencia internacional firmaron, suscribieron el tratado pero la asamblea no lo ha aprobado no lo ratifica al quedar frustrado o cortado el proceso de incorporación a nuestra Constitución no se vuelve ley de la república en principio no tendría por qué obligarnos por ejemplo tenemos de los tratados de Derechos Humanos no hemos ratificado la convención sobre desaparecidos ni la Interamericana, entonces no estamos obligados pero eso es como fuente internacional pero esa suscripción de otro tipo de Fuente costumbre internacional podría generar obligaciones, probando la intención de El Salvador de comprometerse, sumado a otros elementos a otros actos unilaterales y ya buscando obligarse por medio de la costumbre internacional.

El efecto que produce un tratado aprobado o suscrito por el presidente de la Republica y ratificado por la Asamblea Legislativa, es simplemente que tiene un valor normativo, en tanto que es considerado como ley, así lo establece el artículo 144 de la constitución, que ellos, quienes defienden el bloque de constitucionalidad.

Hay un sector de preminentes Juristas, incluso juristas salvadoreños o estudiosos del Derecho, afirman que los Derecho Humanos, y según el artículo 144 de la constitución es la puerta o ventana por donde ingresa los Derechos Humanos al ordenamiento Jurídico, y precisamente a la Constitución y en algunos se atreven a decir, que por ese artículo 144 de la Constitución, es que adquieren el mismo rango que la Constitución, cosa que es discutible. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Jerarquía de los instrumentos incorporados dentro del ordenamiento jurídico interno

El tema de la jerarquía con la que se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos tampoco es resuelto por lo dispuesto en el derecho internacional, sino que, una vez más, son las propias constituciones nacionales las que indefectiblemente defiende qué modo ingresan aquellos en el ordenamiento jurídico interno.

Huelga decir que la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es un factor de extrema importancia en el momento de solicitar la aplicación de ese derecho ante los tribunales domésticos y para que estos puedan interpretarlo y aplicarlo debidamente.

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

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

ideológico del tratado internacional de derechos humanos que le precede jerárquicamente.

Operatividad de los instrumentos internacionales incorporados

Resueltos los problemas de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y su ubicación jerárquica dentro del ordenamiento interno, queda por analizar si los instrumentos internacionales de derechos humanos en cuestión tienen la suficiente precisión como para ser aplicados en los tribunales domésticos. Este tema ha sido resuelto años atrás en el ámbito del derecho internacional público, donde se elaboró el concepto clave de la autoejecutabilidad o autoaplicabilidad para decidir si una cláusula o norma de un instrumento internacional tiene vocación de incorporación automática o si, por el contrario, puede requerir de un acto jurídico de transformación posterior. Resolver este punto es particularmente indispensable para cualquier intento de aplicación de las estipulaciones de un tratado que pueda invocar un particular ante un juez de jurisdicción interna.

Estudiosos de esta materia¹⁶ han indicado que para que una norma sea autoejecutable o self executing, se requieren dos condiciones. Primera: que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho o una pretensión en favor de un individuo que comparece ante un juez solicitando su aplicación, para lo cual resulta extremadamente importante la forma de redacción de la norma en cuestión. Segunda: que la regla sea lo suficientemente específica como para ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución se subordine a un acto legislativo o administrativo subsiguiente.

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

El objetivo no es regular las relaciones entre los Estados Partes.

El derecho internacional de los derechos humanos “regula las relaciones entre el individuo y el Estado, imponiendo determinadas obligaciones a este último [...]”

6.5 Deber de los Estados de cumplir las obligaciones emanadas de los Tratados y de otras Fuentes de Derecho Internacional

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local.

La Declaración de derechos y deberes de los Estados, en su artículo 13, dispone: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber”. ¿Cuál podría ser la excepción a esta regla:?

Por su parte el Licdo. M. Alirio comento: Digamos que en efecto existe una norma en materia de Derecho Internacional, que los Estados no pueden aplicar, yo creo que la excepcionalidad, en el caso de la Ley de amnistía, se hace extensivo como un caso que aun esta por ventilarse, y es el caso de Monseñor Romero, en una resolución, pero la comisión de la Corte Interamericana, todavía no se ha pronunciado.

También falta que se pronuncien en el caso de los Jesuitas, pero esa cuestión es estrictamente de aplicación, pero si hay alguna disposición que vaya en contra de cualquier texto de la Constitución, simplemente se va aplicar la Constitución por encima

de cualquier Tratado esa sería digamos la única excepcionalidad. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

En la comunidad internacional existen órdenes jurídicos internos junto a un ordenamiento jurídico internacional, y si bien los Estados son sujetos de este último, les corresponden obligaciones (consuetudinarias y/o convencionales), y correlativamente, deben adecuar su ordenamiento ante la necesidad de cumplirlas y también ante la no posibilidad de invocar el ordenamiento interno como justificación de su incumplimiento. Esta prohibición se encuentra en la Convención de Viena.

Tal como lo expresa el Maestro García H.

El artículo 46 de la Convención de Viena, en su inciso segundo, le da ciertos parámetros de cómo entender esa relación y hay que leer este artículo. “La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado.”

Entonces cuando habla de nulidad de los tratados ahí hay que revisar la convención americana de Derechos Humanos donde se supone que hay en términos de garantías de derechos una disparidad en las constituciones entonces esa serían excepciones a esa regla general luego la convención de Viena sobre el derecho de los tratados en el artículo 27: Establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado y podría ayudar mucho el voto disidente de la doctora de Avilés en el tratado de la OIT porque

hace ver que no es violatorio que se haya declarado inconstitucional un artículo de esos tratados. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Art. 27: El derecho interno y la observancia de los tratados: una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Art. 46: Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

La Convención de Viena confirma la prevalencia del derecho internacional, sin embargo, al consignar el artículo 27 sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 46, garantiza la soberanía interna o territorial de los Estados en protección del ordenamiento estatal sin perder de vista el principio de buena fe que debe gobernar las relaciones interestatales.

En tal sentido se afirma que de la norma *pacta sunt servanda* y el principio de que los tratados se deben cumplir de buena fe (artículo 26), de que una parte no puede

alegar normas de la regla derecho interno para justificar incumplimiento del tratado (artículo 27), y de que general es que ningún Estado puede alegar como causal de nulidad la violación de una norma de derecho interno –a menos que sea manifiesta- (artículo 46), puede sostenerse que la Convención de Viena adoptó la teoría internacionalista, en lo que no hizo sino reconocer la doctrina, la práctica y la jurisprudencia internacionales”.

En su opinión García. H. El tratado fue ratificado y luego fue declarado inconstitucional como un artículo y la doctora de Avilés manifiesta que la institucionalidad no existe como yo diría que dentro de la convención de Viena se puede fundamentar con la idea de que no encaja dentro de esta disparidad qué habla el artículo 246 ósea si nos estuviéramos en esa situación muchos países hubieran declarado también inconstitucional ese artículo del tratado pero eso no ha sucedido y es el parámetro que le da el artículo 246 Ósea que no es una violación manifiesta y la violación debe de ser manifiesta. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Sobre la obligatoria preferencia en la aplicación de la Constitución sobre las leyes: “no debe perderse de vista que, conforme a la normativa constitucional, todo juez -entiéndase cualquier entidad jurisdiccional, sea unipersonal o colegiada- está obligado a aplicar preferentemente la Constitución. Esto es una obligada consecuencia del carácter normativo de la Constitución [...] contemplado de manera solemne en el artículo 246 de la Constitución” (Sentencia de 10-VII-96, Amp. 5-S-96).

6.6 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 prevé, en su artículo 27, que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

¿A menos que este resulte inconstitucional o de ninguna forma?

Al respecto Montoya a. o comento: la Convención de Viena, por lo tanto tiene competencia, la Corte Penal Internacional de lo que se persigue naturalmente, es que no haya impunidad y que en efecto los Estados so pretexto de la Supremacía de la Constitución, eh... utilizarla como blindaje para la impunidad de acuerdo a los delitos de lesa humanidad, recordemos que justamente los delitos de lesa humanidad, son imperceptibles para empezar, pero no creo que nuestro Estado vaya a inaplicar alguna disposición de la Convención de Viena, e igual la Sala de lo Constitucional, me atrevería a decir que es muy cautelosa, por el tipo de resoluciones que ahí se resuelven con esa convención y ante el tribunal respectivo, es bastante complicado que una Sala de lo Constitucional apele a la Supremacía Constitucional. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Las normas pertinentes de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados son los artículos 26, 27 y 46. El artículo 26 dice: "Pacta sunt Servanda".

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone lo siguiente: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una Parte no podrá

invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma reentenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” El artículo 46 dice: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.” Estos tres artículos permiten concluir que las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados adoptaron una concepción monista con preeminencia del Derecho Internacional con excepción de una violación manifiesta de una norma fundamental de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados. Estas Convenciones reflejan el Derecho Internacional existente en esta materia.

6.7 Importancia de la Figura del Bloque de Constitucionalidad para la recepción del Derecho Internacional

¿Cuál es la Importancia de la figura del Bloque de Constitucionalidad para la Recepción del Derecho Internacional?

Al respecto V. Edwin comento: La importancia que tiene es que pasaría a formar parte del texto Constitucional, y, por ende, a servir de parámetro de control de constitucionalidad en un momento dado. (Comunicación personal, 08, de enero 2019)

Prácticamente tiene que ver con aquellos instrumentos que están en una jerarquía igual que la constitución que se entienden que son parte o forman parte de la Constitución o están en un mismo nivel jerárquico de la legislación, por ejemplo los tratados internacionales en términos literales están en una jerarquía supralegal constitucional pareciera que no hay bloque de constitucionalidad pero según la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ha sido aceptado por muchos estados un caso puntual por ejemplo la convención americana de Derechos Humanos como dentro de una jerarquía constitucional como decir convención de los Derechos Humanos en la convención lo que hay ahorita es un efecto reflejo en manera implícita conformaría un bloque de constitucionalidad según tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestada en muchas sentencias estaríamos hablando incluso de una supremacía del derecho internacional de los Derechos Humanos sobre la Constitución de los estados a tal grado que la Corte Interamericana prácticamente ha obligado ya que los estados reforma en su Constitución por ser contraria a la convención americana. (Comunicación personal, 16, de abril 2019)

¿El bloque de constitucionalidad cómo se integra?

Habría que ver qué es lo que se incorpora como bloque de constitucionalidad yo diría que serían aquellos que tienen Norma imperativa los vinculados al artículo 1 y 2 de

la carta de la ONU y lo vincularía más a esas normas ius cogens que tienen que ver con el orden público internacional. García H. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Lo que pasa es que el bloque de constitucionalidad y lo que indica es ver de forma integral las normas de la constitución entre eso tenemos, también la interpretación de los tratados. Por eso yo le decía en la primera pregunta si yo veo en la constitución una ley de forma aislada y no la interpreta de forma integral como el bloque que tiene su parte dogmática hasta el espíritu de la constitución entonces voy a generar una interpretación más objetiva. García H. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Entonces el bloque de constitucionalidad y la importancia de este es porque nos permite considerar que todas las normas constitucionales de todo el sistema jurídico se toma como un cuerpo, entonces para el derecho internacional ¿Porque es importante y en especial no para todo el derecho internacional pero en especial para el derecho internacional de los Derechos Humanos? porque la Constitución Tiene los mismos valores y principios y los tratados internacionales de los Derechos Humanos y para el derecho internacional en general es porque también nos permite interpretar las obligaciones del estado.

Porque nuestro derecho interno es una disposición de la convención sobre el derecho de los tratados y la convención de Viena Establece que ningún estado puede alegar derecho interno para no cumplir con las obligaciones internacionales y esa es una norma ius cogens del principio de buena fe. Entonces en el artículo 26 y 29 de la convención y este se suma al principio del pacta sunt servanda y al principio de buena

fe, también materializado a la convención de Viena. García H. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Y al entender el bloque de constitucionalidad o la importancia de la figura del bloque de constitucionalidad tenemos el derecho internacional integrado a nuestra norma constitucional, tenemos un análisis de todas las normas constitucionales y parte de ellas son las que regula los tratados internacionales en nuestro caso bueno lo que vemos si es posible que exista contradicción entre un instrumento internacional y nuestra constitución sí si se puede producir y pudiera que hayan tratados que se han declarado inconstitucional por ejemplo; hay tratados que ya se han declarado inconstitucionales pero esto es en el derecho interno. Reyes E. (Comunicación personal, 16, de abril 2019)

Como se ha dicho que hay unos autores, juristas estudiosos del Derecho que se adhieren a esa idea del Bloque de Constitucionalidad, pero en esencia en nuestro país, soy de la idea o criterio que no existe tal Bloque de Constitucionalidad, porque la constitución prevalece sobre los tratados ya que hemos hecho alusión al artículo 146 de la Constitución.

No obstante hay un artículo que si en donde si se pone de manifiesto el Bloque de Constitucionalidad y es el artículo 84 de la Constitución, y es cuando se trate de tratados limítrofes, ahí si como hay una sujeción de nuestro ordenamiento jurídico a lo que se va a ventilar en tribunal que trate sobre cuestiones meramente limítrofes de nuestro territorio, si digamos que hay una prevalencia del tratado internacional, pero no podemos hablar de un Bloque de Constitucionalidad en estricto sentido.

Por ejemplo; lo más emblemático que se ha dado en El Salvador fue en el año 1989,1991, parece que fue, el caso en donde El Estado salvadoreño, se fue a un litigio internacional con la Republica de a Honduras, por la zona que nosotros conocemos como los “bolsones”, entonces ahí naturalmente, ¿hubo una alteración en nuestro territorio en el sentido que se disminuyó, pero porque razón? Porque en atención al artículo 84 de la Constitución, es el caso más paradigmático que ha quedado como precedente, a lo mejor ese punto en particular la Constitución lo establece en el artículo 184. Montoya A. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

6.8 Contradicción entre un Instrumento Internacional con la Constitución de la República

Entre el Derecho Internacional y el derecho Interno se pueden dar contradicciones, puede ocurrir una colisión entre ambos sistemas legales y se ha querido explorar cual es el mecanismo para resolverlo. En ese caso se ha preguntado a los especialistas su opinión respecto a esta situación, concretamente, se les planteo la siguiente interrogante:

¿Es posible que exista contradicción entre un instrumento internacional con la Constitución de la República?

“Por supuesto, hasta la misma Constitución prevé esta circunstancia en los artículos 145 y 149, y en caso de contradicción prevalece la Constitución.” Valladares E. (Comunicación personal, 08, de enero 2019)

Art. 145.- No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la Republica.

La Asamblea no debe ratificar los tratados que contengan disposiciones inconstitucionales para El Salvador, a menos que en el acto de la ratificación aclare que tales disposiciones inconstitucionales no le serán aplicables.

RATIFICACIÓN: en este caso, es la aprobación que la Asamblea Legislativa le da a un tratado internacional que antes ha sido negociado y firmado por el Órgano Ejecutivo.

RESERVA: es la declaración que hace un Estado al firmar o ratificar un tratado, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. (FESPAD 2007, p.122).

Art. 149.- La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos.

Es decir, el legislador ya lo previo y en los citados artículos precisamente se plantea tal situación, misma en la que coincide Montoya A. cuando plantea: “ya hemos

adelantado el artículo 149 de la Constitución, es bastante categórico en el sentido que si hay alguna especie de contradicción ante un tratado que riña con alguna disposición o norma constitucional, simplemente se va a inaplicar el tratado”. (Comunicación personal, 15 de mayo 2019). Bueno, la vía para resolver es desde este punto de vista es la inaplicabilidad del tratado o el instrumento internacional, que riña con la Constitución, para lo que se requiere un estudio de Constitucionalidad, como veremos más adelante. Guevara M. ilustra con el siguiente caso: “Si, caso de la constitución chilena con el Pacto San José, en el año 2001, por el caso de censura previa que viola la libertad de expresión. - hubo una situación de conflicto”. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019). Además, agrega: “La constitución del estado chileno tiene una relación con la constitución del estado salvadoreño”.

Entonces, ¿un tratado puede ser contrario a la Constitución?

Si, es posible, recordemos que hay un carácter problemático en el derecho internacional y no todo es armonía Hay Estados que mantienen una tendencia aislacionista, Estados Unidos por ejemplo no se obliga tan fácilmente, se involucran en los procesos de elaboración de los tratados pero para sacar beneficio por ejemplo la elaboración de la Convención de Viena, ¡ahh! pero para que no le vaya a afectar la convención, no con el interés de obligarse. Garcia H. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Esta situación planteada supone tener en cuenta la relación centro periferia entre las potencias y los países subdesarrollados. Situación en la que los países

desarrollados no se sienten comprometidos con la comunidad internacional al no querer obligarse.

6.9 Manera de Resolver Conflictos entre los Instrumentos Internacionales y la Constitución.

La importancia del Derecho además de regular es que propone formas de resolver los conflictos. Teniendo en cuenta lo que ya se planteó, si pueden existir conflictos entre ambos sistemas legales, y si este es el caso, ¿cuál es el camino a seguir para resolverlo?

Valladares E. lo resume así, “El control de constitucionalidad ya sea por la vía abstracta o concreta” (Comunicación personal, 08, de enero 2019). Al respecto, Covián M. (2013). lo define de la siguiente forma, “el control de constitucionalidad es el conjunto de recursos jurídicos diseñados para verificar la correspondencia entre los actos emitidos por quienes decretan el poder y la Constitución, anulándolos cuando aquellos quebranten los principios constitucionales” (pag. 28). En otras palabras, el control de constitucionalidad estaría constituido por las herramientas jurídicas a través de las cuales se puede asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales.

Para Pulido F. (2011) La distinción entre control abstracto y concreto de constitucionalidad fue desarrollada por Kelsen. Para este autor en el control constitucional concreto se faculta a los jueces para analizar la constitucionalidad de las normas que deben aplicar en el caso concreto, y para negarse a aplicarla si encuentran que son inconstitucionales.

Por su parte, en el control abstracto de constitucionalidad se faculta a los jueces para que definan la inconstitucionalidad de las normas. desligándose de los casos concretos (KELSEN: 1942). La diferencia entre uno y otro tipo de control constitucional es, según lo dicho, que en el control concreto se define si determinado en caso se está desconocido una norma constitucional, mientras que en el abstracto se realiza una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infra-constitucional y una norma constitucional (QUINCHE: 2008).

Este punto queda planteado en el art. 149 de la Constitución:

La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos. (Constitución de la Republica de El Salvador, 1983) Volviendo a la encrucijada, ¿Si existe esa contradicción cómo resolvemos? Montoya A. plantea lo siguiente:

En ese caso, vamos a ver dos cosas, primero hay un control de constitucionalidad que ya sabemos a qué se refiere, el art. 183 de la Constitución establece que la Sala de Lo Constitucional que se encarga de resolver demandas de inconstitucionalidad, ahí podría ser un mecanismo.

Pero hay otro mecanismo que está en consonancia con el art. 149 y el art. 185 de la constitución el cual este último establece esa facultad de que tienen todos los Juzgadores en su labor de administrar justicia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley, que vamos a entender por eso, entendemos que un Juez de Familia, de lo Laboral; por ejemplo pueden aplicar un tratado, un acuerdo de la organización internacional de trabajo, válidamente lo puede inaplicar, que no se vaya a entender que es que se está aplicando el Código de Trabajo, en todo caso se está aplicando la Constitución y está inaplicando alguna especie de tratado, porque a lo mejor, el Juez valora que si hay una transgresión a una norma constitucional, de manera tal que puede un Juez, que le llamamos Jueces ordinario, pero los Jueces constitucionales, nada más que en estricto sentido los magistrados de la Sala de lo Constitucional, son Jueces constitucionales porque, en este caso que estamos tratando si un Juez inaplica una determinada Ley, los Tratados son Leyes de la República.

En el caso que en la Constitución en el art. 185, en caso que un Juez inaplique un tratado, todas esas actuaciones son remitidos a la Sala de lo Constitucional y al final la Sala es la que va a determinar, en efecto el Juez que inaplica un determinado tratado eh si es digamos que es coherente, con el hecho que el tratado riñe o viola algún precepto constitucional.

Debemos de entender que esta aplicación es para toda la normativa o para todos los Derechos, tanto para el Derecho Penal, Laboral, Familia, etc., es decir todos los Derechos que están implícitos en este país. (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Art. 185.- Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales.

Explicación:

Si al dictar sentencia en un caso concreto, un tribunal determina que una ley o disposición, viola de alguna forma La Constitución, deja de aplicar esa ley o disposición para ese caso concreto.

Esta facultad de declarar inaplicable para un caso concreto una ley o disposición por ser inconstitucional, corresponde a todos los tribunales, desde los Juzgados de paz hasta la Corte Suprema de Justicia. (FESPAD 2007, p.122).

Pero volviendo al punto, ¿Entonces de existir contradicción como se resuelve?: así lo plantea Reyes E.

Bueno sería en tres caminos el primero es adecuar nuestra Constitución al Tratado internacional en especial de Derechos Humanos. Entonces porque por lo que ya decíamos que una vez que usted firma un tratado y actúa en el derecho internacional bajo el principio de buena fe y si usted ya sabe que ese tratado por el cual se está obligando una de las obligaciones que emana el derecho internacional es adecuarse al derecho interno entonces adecuar su derecho interno incluye la Constitución esa es una vía, otra es en el derecho interno una demanda de inconstitucionalidad para declarar inconstitucional del tratado. En la tercera vía, qué sería denunciar el tratado

internacional y ya no ser parte de ese tratado, hay algunos estados que lo han hecho. Pero cualquiera de las últimas dos le va generar consecuencias internacionales. ((Comunicación personal, 16, de abril 2019)

Covián M. (2013), lo sintetiza de la siguiente forma: Se realiza un procedimiento de revisión de los actos de autoridad, incluyendo normas generales, y en caso de contradicción con la Constitución se procede a la invalidación de las normas de rango inferior que no hayan sido hechas en conformidad con aquellas. El fundamento de este control es el mantenimiento del Principio de Supremacía Constitucional. (p. 28)

6.10 Necesidad de Examen de Constitucionalidad en la ratificación de los Instrumentos Internacionales.

Una cosa va quedando clara, y es que una vez firmado un tratado o instrumento internacional hay un proceso interno en cada país suscriptor del mismo, y esto supone la realización de un examen de constitucionalidad o lo que en la doctrina se denomina Control de Constitucionalidad. Este constituye, como afirma Highton I. (2010) la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características.

Ante esto se consultó al respecto realizando la siguiente interrogante:

¿Considera usted que al momento de ratificar un tratado, convenio o pacto internacional debe realizarse un examen de constitucionalidad, o se debe de ratificar únicamente por que el órgano ejecutivo decidió celebrarlo?

Valladares E. lo reafirma: “Por principio constitucional antes de ratificar los tratados debe realizarse un examen de constitucionalidad, ya que no se deben ratificar tratados que restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales”. Valladares E. (Comunicación personal, 08, de enero 2019)

Esto es esencial particularmente en el caso que se pudiera afectar a los derechos humanos, así lo expresa García H.: Si, debería hacerse un examen de constitucionalidad, y es más cuando se creó la procuraduría de Derechos Humanos en un artículo se prohibía que toda ley que pudiera afectar los Derechos Humanos debería ser consultada a la procuraduría de Derechos Humanos, su ratificación y su aprobación. Ese es el examen de constitucionalidad el máximo intérprete es la sala de lo constitucional Y eso lo tendría que hacer la sala. García H. (Comunicación personal, 18, de enero 2019)

Para Highton I. (2010), Un tribunal o corte constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes —y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo— a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos. Pero asimismo y en general, la tarea del Tribunal Constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de

la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos. (pag.108).

Por su parte la Reyes E., reafirma esto último, y plantea:

Se debe ratificar únicamente, porque el Ejecutivo decidió celebrarlo, no porque hay un proceso establecido en la constitución, sino porque nos estamos obligando como estado. El Ejecutivo hace su parte, porque el Ejecutivo es el que tiene la representación del Estado a nivel internacional, se está obligado a hacer ese examen de constitucionalidad.

Por otra parte, quien tiene que aprobar el tratado es el órgano legislativo, es el que lo aprueba, y por eso el legislativo en el proceso de ratificación manda a oír la opinión de la sala de lo constitucional. (Comunicación personal, 16, de abril 2019)

Guevara M. por su parte, nos refiere al articulado de la Constitución, que implica realizar el referido examen y afirma:

Si, la Constitución. exige examen de constitucionalidad. Como parámetro de los derechos humanos en general. Ejemplo: normas ius cogen de obligatorio cumplimiento. Principio pro-omnes, prolibertati. Eje: el derecho al agua, no está reconocido, alimentación, no están reconocidos, acceso a la información pública. (Comunicación personal, 30 de enero 2019).

Por su parte Montoya A. explica lo siguiente:

Lo que hace el Órgano Ejecutivo es suscribir el convenio digamos; ¿Qué hace la Asamblea? La Asamblea ratifica y aquí entra en juego el tema relativo a la

interpretación de la Constitución, por ejemplo, un Juez puede interpretar las Constituciones, se vuelve guardián de la Constitución.

Cualquier funcionario público puede interpretar la Constitución, cualquier ciudadano puede interpretar la Constitución, pero el asunto es que la interpretación que hace nuestro Tribunal Constitucional es vinculante, entonces, vamos a entender si en efecto la Sala logra determinar, naturalmente la Asamblea Legislativa ratifica eh... lo suscrito por el presidente de la República.

La Asamblea Legislativa lo ratifica y entra en vigencia, una vez que entra en vigencia cualquier ciudadano puede venir a interponer una demanda de inconstitucionalidad, que sería lo más idóneo. Es que si los diputados en esa su facultad de ratificar tratados internacionales, hacen una interpretación conforme a la Constitución, aunque sabemos que el máximo interprete, no obstante que ellos hagan la interpretación al final el máximo interprete es la Sala de lo Constitucional.

Entonces aquí estamos con el tema de ponderaciones, en el caso de los Juzgadores que podrían entrar los conflictos con los tratados y la interpretación de la norma Constitucional... obviamente el asunto es que si la Asamblea ratifica un tratado deben cerciorarse bien que no violen la Constitución.

¿Cuál es la consecuencia que va a tener?, de porque va haber un conflicto real, no aparente y cualquier Juez puede inaplicar el tratado obviamente y vuelvo a reiterar si un Juez inaplica un Tratado va hacer la sala de lo Constitucional que al final hará un estudio sobre esa inaplicabilidad para determinar si al final en efecto es el Tratado que

viola o no la Constitución, es decir que es la máxima autoridad. Y por lo tanto no se puede recurrir a ningún otro tribunal que nuestra Sala de lo Constitucional, de hecho, por ser un Tribunal Constitucional se le conoce como tribunal de cierre porque cierra la de no a cavar se iría a otra instancia pero es por esa razón es la máxima o digamos el máximo guardián de la Constitución es la Sala de lo Constitucional.

En cuanto a la Sala de lo Constitucional en el Art. 183 de la Constitución establece, que esa resolución, es vinculante porque es de obligatorio cumplimiento, es como aquellas sentencias que nosotros las llamamos Erga omnes (aplican para todos). (Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

Highton I. (2010), reseña de forma detallada el control constitucional de la siguiente forma:

Ya en la Constitución de 1939 se contempla el control difuso de constitucionalidad, pues se establece la facultad de los tribunales de inaplicar cualquier ley o disposición contraria a la carta magna.

El Salvador fue el primer país en Centroamérica en adoptar el modelo de la Sala de lo Constitucional en la Constitución de 1983, actualmente en vigencia con las reformas aprobadas en el periodo de 1991 a 2003.

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador es el máximo tribunal jurisdiccional del país. Está organizada en cuatro salas de las cuales una es la Sala de lo Constitucional, que, conforme a la Constitución, es el único tribunal competente para conocer las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los

procesos de amparo y hábeas corpus, y las controversias entre los órganos Legislativo y Ejecutivo. Se trata de un control abstracto.

Asimismo, el tribunal ejerce control previo durante el proceso de formación de la ley, cuando el presidente de la república considera inconstitucional un proyecto de ley y el órgano, legislativo lo ratifica.

Pero, aparte de ello existe el control difuso, pues, todo juez o tribunal ordinario goza de la potestad de declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos del Estado, así como de los tratados si son contrarios a la Constitución. El juez o tribunal ordinario a la vez que es aplicador de normas es “juez de su constitucionalidad”, ya que tiene potestad, sin consultar a nadie, de examinar si la norma a aplicar es conforme con la Constitución o no lo es. Sólo debe aplicar la que supere ese juicio y rechazará la que considere contraria a la Constitución. (p. 129)

6.11 Jurisprudencia relativa a la declaratoria de Inconstitucionalidad establecida en el artículo 183 de la Constitución.

Art. 183. La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano. (Constitución de la Republica de El Salvador, 1983)

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de establecer que una ley, un decreto o un reglamento contiene disposiciones contrarias a

la Constitución. El efecto que esto tiene es que la ley, el decreto o el reglamento dejan de tener validez, de ser obligatorios para los habitantes. Desaparecen del orden jurídico salvadoreño por no estar de acuerdo a las disposiciones de la Constitución.

Jurisprudencia. (FESPAD 2007, p.122).

1. Sobre la pretensión del proceso de inconstitucionalidad, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que, "siendo que el proceso de inconstitucionalidad ha sido configurado como un control abstracto sobre la legitimidad constitucional de disposiciones generales, para que la pretensión que le da origen sea admisible y procedente, no es necesaria una impugnación contra actos concretos a los cuales el titular de la pretensión atribuya efectos de vulneración a la Ley Suprema. Así, ante la inexistencia de hechos, el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión de inconstitucionalidad está constituido por las argumentaciones expuestas por el actor, tendentes a evidenciar las confrontaciones internormativas –por él percibidas– entre las disposiciones o cuerpo normativo sujeto a control de constitucionalidad y las disposiciones de la Constitución propuestas como parámetro de dicho control.

Así, para estar acorde al art. 6 [de la Ley de Procedimientos Constitucionales], y para el caso de pretender la eliminación de determinados artículos de un cuerpo normativo, este sustrato fáctico debe indicar claramente, en primer término, la disposición infraconstitucional impugnada –objeto de control de constitucionalidad– y, en segundo término, las razones de tal violación, confrontando el contenido del objeto con el parámetro [es decir, las disposiciones constitucionales supuestamente

vulneradas], de tal suerte que se aprecie la confrontación internormativa apreciada por el demandante" (Sentencia de 16-VII-2002, Inc. 11-97, Considerando IV 3 y 4).

2. Específicamente con relación al objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad, ha dicho que "lo que está estableciendo dicha norma [el art. 183 Cn.] es la atribución y potestad del tribunal mencionado para declarar la inconstitucionalidad de toda disposición normativa de carácter general o con fuerza de ley, independientemente de cómo se les llame en cada caso, sin que las denominaciones empleadas –leyes, decretos y reglamentos– implique en modo alguno la exclusión de otras, tales como ordenanzas, acuerdos, etc., siempre que tuvieren el contenido normativo antes indicado" (Sentencia de 16- VII-1992, Inc. 7-91, Considerando IV).

6.12 Principio de Supremacía Constitucional: ¿un obstáculo a la aplicabilidad del control de convencionalidad?

6.12.1 Concepto de Control de Convencionalidad

Según el Dr. Cludio Nash (2017), profesor de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), "ha surgido el concepto "control de convencionalidad" para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia."

De acuerdo con la Corte Interamericana de derechos Humanos (2017) dicha denominación control de convencionalidad, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos.

Desde el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o las siguientes características):

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. (p. 6).

Algunas personas consideran que el principio de supremacía constitucional propicia una serie de obstáculos a la aplicabilidad del control de convencionalidad.

Reyes E. afirma: Yo creo que se complementan, porque si usted ya firmó el tratado, ya se obligó y el cual debe ejercer ese control de convencionalidad porque básicamente este principio de convencionalidad se desarrolló con la convención americana de Derechos Humanos, pero en general se aplica a cualquier tratado.

El tratado como sabemos se convierte en ley de la República, usted está obligado como conocedor del derecho y nadie puede alegar ignorancia de ley usted debe verificar que su acto estén apegadas a las normas internacionales de lo cual somos parte de ejercer ese control y ya que tenemos a la Constitución como un todo, como un cuerpo donde el principio de supremacía constitucional y el de convencionalidad se debe complementar para cumplir las obligaciones internacionales y cumplir con los derechos establecidos en la constitución.

Los dos procedimientos se deben y se tiene que aplicar a los principios de la constitución y la misma Constitución lo manda a cumplir con los tratados no puede decir que no porque al principio no puede alegar que no va a cumplir un tratado porque el principio de supremacía constitucional diríamos entonces que entre en estos dos se complementan habría que verlo de manera dialéctica y se diría que se complementan esos procesos y que pueden estar en conflicto pero ahí es donde en de una obligación nace un derecho y adecuarse al derecho interno.

El ejemplo típico es la convención americana de Derechos Humanos en el artículo 2 y a eso le interpreta el artículo 26 de la convención de Viena de los derechos de los tratados que usted no puede alegar derecho interno para no cumplir las obligaciones internacionales entonces tiene que generar un proceso en el que va adecuar o a cumplir con la obligación porque así no va a tener las consecuencias por ejemplo hay un caso en Derechos Humanos, donde la convención de Viena rige todo tipo de tratado, ese principio de no alegar derecho interno significa una norma ius cogens o aplicable para todo tipo de tratados si su estado ratifica un tratado y es contrario de su constitución está actuando de Mala Fe.

Si no modifica su constitución y la base del derecho internacional es la buena fe así Usted ya sabe de qué su tratado es contrario a su Constitución Usted debe adaptar las medidas necesarias para adecuar el derecho interno, entonces por eso es que la Corte Internacional de Justicia no cumple el tratado y esto va a tener consecuencias internacionales, la convención de Viena rige todo tipo de tratados del derecho internacional público, ese principio de no alegar derecho interno en un principio es una norma ius cogens Pero eso aplica para cualquier tratado. Si en su estado se ratificó un tratado que es contrario a su constitución está actuando de mala fe y si no corrige y ni modifica su constitución y la base del derecho internacional público es la buena fe y usted ya sabe de qué este tratado es contrario a la constitución, usted debe adaptar las medidas necesarias para adecuar el derecho interno al derecho internacional por eso es el aporte de la Corte Internacional de Justicia. Donde si usted no cumple ese tratado ahí son estados que demandan a los Estados no sólo por limítrofes más cómo se ve el

tema limítrofe pero por ejemplo en los casos del derecho que toma la corte la costumbre y la jurisprudencia entonces en lo que va a examinar la corte es que usted se obligó por medio de un tratado y está incumpliendo ese tratado o si usted aceptó si usted ha establecido una costumbre internacional y usted no está cumpliendo con esa costumbre, en este caso sería del tratado porque es un sistema internacional.

Entonces no va a poder decir Ustedes contrario a mi constitución ya que en la misma se da seguido un procedimiento para suscribir un tratado o para obligarse entonces si usted se integra al procedimiento que está en la constitución y con las obligaciones internacionales y los principios y las normas internacionales que rigen esta tiene una concepción internacional hay mucha gente que tiene la visión nacionalista y van a decir la Constitución es la madre de todas las normas jurídicas del sistema jurídico.

Es ahí donde se hace alusión a la pirámide de Kelsen eso es lo que necesitamos entender, si el aplicador a partir de esa actitud nacionalista ver cómo este resuelven, interpretan y también este conflicto del derecho interno y el derecho internacional hay algunos indicios de integración y del derecho internacional que dan la Pauta, pero no está tan claro porque al final lo siguen reflejando como parte del principio de la supremacía constitucional.

Y el enfoque constitucionalista es la ley de amnistía la existencia de la ley de amnistía para el derecho interno en materia laboral con respecto a los convenios de la OIT no sé si se ha producido algún conflicto sí hubo un conflicto y porque yo recuerdo que algunos tratados por eso no se han ratificado y también otro era el estatuto de

Roma que tenía un cuestionamiento pero finalmente se superó y se ratificó hay un caso que el sistema interamericano lo censuro a la película de Cristo, y que Chile tuvo que reformar su constitución, ya que violaba el derecho a la libertad de expresión de acorde a los estándares del sistema, desarrollan las características generales del derecho internacional público y también las particularidades porque eso lo hace la tendencia es no todo el derecho internacional público a prevalecer sobre el derecho interno o sobre la Constitución sino que el derecho internacional de los Derechos Humanos es el que prevalece y de ahí se pueden citar ejemplos Guatemala, Venezuela y Costa Rica tiene también caso como ellos ya en la corte. Nosotros no hemos ratificado la convención de Viena y la convención de Viena es la clave para cumplir los tratados internacionales nosotros nos obligamos por ella de acuerdo a la costumbre internacional, nosotros no la ratificamos, pero como es costumbre internacional hay una república un comentario final del derecho internacional de los Derechos Humanos tiene características y particularidades que hacen una interpretación más amplia en relación a la supremacía constitucional. (Comunicación personal, 16, de abril 2019).

Para García H. el control de convencionalidad es un control de constitucionalidad vía efecto reflejo si una Ley violenta un tratado está violentando el carácter superior del tratado sobre la ley Consecuentemente de manera indirecta estaríamos violentando la Constitución vía artículo 144 lo que se conoce como efecto reflejo existe una sentencia que habla sobre este punto sobre el control de convencionalidad, pero la sala se opone a dicha Sentencia. (Comunicación personal, 18, de enero 2019).

6.12.2 Fundamento del Control de Convencionalidad

En el cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos número siete: relativo al control de convencionalidad, se establece que:

En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía, se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Esto implica que los Estados deben adoptar medidas en el ámbito interno (artículo 2 de la CADH) que permitan la compatibilidad de las normas internas del Estado con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, a manera de condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Estas medidas no se agotan en la adopción o expulsión de leyes, sino también en la interpretación de la normativa interna de manera conforme a la CADH.

Por su parte, el control de convencionalidad también tiene fundamento en el artículo 29 de la CADH, en la medida en que todos los poderes u órganos del Estado que han ratificado la CADH se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a

permitir de la manera más amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, lo que implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio del pacta sunt servanda, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 26), así como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, dan cuenta del compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público, debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados.

También es un principio internacional recogido por el Convenio de Viena de Derecho de los Tratados (artículo 27) que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente. En este sentido, el control de convencionalidad goza de sólidos fundamentos jurídicos en normas convencionales y en normas y principios de derecho internacional público.

6.12.3 Jurisprudencia de la Corte IDH. en torno al Control de Convencionalidad.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 1541

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6.13 Otras materias del Derecho donde pueden chocar los dos Principios (Supremacía Constitucional y el de Preeminencia del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno)

Siendo el Derecho internacional materia amplia del Derecho existen otras materias donde el Derecho interno y el Derecho internacional pueden colisionar, por mencionar, existen diversos instrumentos internacionales adoptados por los Estados en materia laboral y que les da más beneficios a los ciudadanos que los contenidos en la Constitución, no es necesario emitir una ley para su implementación, lo que constituye

un catálogo o lista de normas internacionales de derecho del trabajo de convenios de la OIT. pudiendo el Estado incurrir en responsabilidad si se niega a cumplir con estas disposiciones supraconstitucionales.

Para Thomas, (2012) “las normas internacionales de trabajo siguen el sistema monista, y serán aplicables de manera directa cuando sean el principal fundamento jurídico para resolver un litigio; o de manera indirecta cuando sirvan de elemento inspirador de la decisión del juez. Serán de obligatorio cumplimiento”. (Pag. 188) . Estos instrumentos, como los convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque un Juez o Tribunal, como ya se expuso, puede determinar cuándo un convenio específico no tiene las condiciones para entrar a dicho bloque o votar un juez de manera disidente, cuando considera que un tratado o convenio viola la Constitución.

No olvidemos además que en derecho internacional público, existen instituciones como la extradición de aplicación en el derecho criminal; mediante esta figura, las autoridades judiciales de un país solicitan la entrega de un imputado o sospechoso a las autoridades de otro quien a su vez dispone los medios necesarios para entregarlo, realizar el proceso necesario o responder en los términos del tratado.

En comentarios de Montoya A., “No recuerdo la referencia, pero sé le conoce como la inconstitucionalidad sobre el tratado de Libre Comercio, por ejemplo, nosotros suscribimos un tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y alguien recurrió a la Sala a interponer un recurso en contra del tratado, en este caso la Sala lo que hace es un examen liminar para posteriormente declarar algunas disposiciones del referido

Tratado que si contradicen a la Constitución y este es el caso más concreto”.

(Comunicación personal, 19 de marzo 2019).

En el caso de las disputas territoriales o Diferendos limítrofes entre dos países. En el caso territorial, el fallo de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, la disputa con Honduras, siempre es de someternos al territorio. Guevara M. (Comunicación personal, 30 de enero 2019). En este caso, se recurrió a la Corte Internacional de Justicia para dirimir el conflicto.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 Conclusiones

1. En el estudio de los principios a los que nos hemos referido, el Derecho Interno y el Derecho Internacional son dos opuestos, ya que el Derecho Interno se caracteriza, porque sus normas son de carácter general emanan de instituciones determinadas y se imponen a los ciudadanos; por el contrario, el Derecho Internacional surge de la coordinación y acuerdos de los diversos Estados y no existe un mecanismo consolidado de aplicación coactiva del Derecho.

2. Sobre si el Derecho Interno y Derecho Internacional forman dos derechos diferentes o uno solo hay dos teorías la primera que el derecho internacional y derecho interno son derechos separados contactados entre sí pero no superpuestos y su norma no tienen vigencia en forma directa en el ordenamiento esta es la teoría llamada Dualista, por otro lado la teoría Monista consideran que conforman un único derecho y por lo tanto no acepta contradicción entre ambos, pues en ese caso uno de las dos normas debe anularse.

3. El principio de la Supremacía de la Constitución se acepta como principio rector, desde el informe de la Comisión del estudio del proyecto de constitución de 1983, que estableció que, no concibe que mediante la violación de la propia pueda sobreponerse otro orden jurídico distinto que obligue a los tribunales nacionales.

4. La Constitución salvadoreña no hace distinciones entre los tratados de Derechos Humanos y tratados que regulan otras materias a todos los cuales les otorga el mismo valor infra constitucional pero supralegal.

5. La Constitución salvadoreña tiene la peculiaridad de decretar la inconstitucionalidad de las leyes que se muestren incompatibles con ella derogándolas y expulsándolas del ordenamiento jurídico.

6. De acuerdo a los entrevistados en El Salvador prevalece el Principio de Supremacía Constitucional basado en el Artículo 149 de la constitución.

7. Del análisis de las sentencias se deriva que, en El Salvador, los jueces están obligados a aplicar preferentemente la constitución sobre cualquier otro tipo de norma amparado en el artículo 246 de la Cn.

8. Se reconoce que puede haber conflicto ante la Constitución de El Salvador y cualquier otro instrumento internacional, esto se resuelve aplicando el artículo 149, es decir estableciendo la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contraria a los preceptos constitucionales.

9. Los Instrumentos Internacionales, como las Convenciones y los Tratados una vez que son aprobados, por El Salvador se convierten en leyes de la Republica, pero tienen su procedimiento para ser adoptados, y esto pasa por lo que se le denomina estudio de constitucionalidad, que debe hacer tanto la Asamblea Legislativa como la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

7.2 Recomendaciones

1. Tanto las Universidades como las escuelas de capacitación judicial del sistema de administración de Justicia, así como los distintos operadores del sistema deben tener en cuenta en su formación y capacitación, la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y la forma en que los principios de preeminencia del derecho internacional y Supremacía Constitucional se relacionan, de tal manera que al aplicar la ley se haga tanto los respectivos estudios de Constitucionalidad como el de Convencionalidad.
2. La Universidad de El Salvador a través de la Carrera de Jurisprudencia debe tomar una participación más activa en foros de discusión que aporten a la comprensión de los problemas que puedan suponer riesgo de violación de la Constitución.
3. En los programas de formación de la carrera de Ciencias Jurídicas las asignaturas de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público deben hacer más énfasis en la formación de estas materias en los futuros profesionales, ya que, en la región oriental, es difícil encontrar especialistas que aborden los problemas de estas materias del derecho y por la importancia que ello tiene para la administración de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Accioly, H. (1958). Tratado de Derecho Internacional Público. En A. Hildebrando, Tratado de Derecho Internacional Público (págs. 17-18.). Madrid.

Arechaga, E. J. (1980). El derecho internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos.

Barbosa, J. (2008). Derecho Internacional Público.

Benadava, S. (1993.). "Derecho Internacional Público". En "Derecho Internacional Público". Santiago, Chile: Jurídica Conosur.

Carrillo Salcedo, J. A. (S/F). En Curso de Derecho Internacional Público (pág. 108). Madrid: Tecnos.

Comunidad del Conocimiento. (2019). Recuperado el 17 de mayo de 2019, en <https://www.c2.org.mx/?p=3784>

Constitución de El Salvador. El Salvador (1983)

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados ONU. (3 de mayo de 1969). New York.

Ferrari, I. (2018). La preeminencia del Derecho Internacional a la luz de la jurisprudencia argentina. Recuperado el 15 de febrero de 2019, de La preeminencia del Derecho Internacional a la luz de la jurisprudencia argentina: en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/preeminencia-derecho-internacional-ferrari.pdf>

Hitters, J. C. (2007). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (pág. 612). Buenos Aires: Comercial Industrial y Financiera, Tucuman.

Jiménez de Arechaga, E. (1959). Curso de Derecho Internacional Público. (pág. 359). Montevideo.

Lumen: Una Aproximación al Estudio del Derecho internacional Público: Revista, J. -D. (2019), Jul - Dic.2019.Vol 15, 197.

Meléndez, F. (2008). Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en la Administración de Justicia. (pág. 17). San Salvador.

Naciones Unidas (ONU). (27 de junio de 2019). Paz, dignidad e igualdad en un planeta Sano. en <https://www.un.org/es/sections/universal-declaration/foundation-international-human-rights-law/index.html>. Recuperado el 27 de febrero de 2019,

Nieto Navia, R. (1984). La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la convención de Viena.

ONU. Declaración de derechos y deberes de los Estados. New York. (6 de diciembre de 1949)

Ossorio, Manuel. (1995). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires: Heliasta.

Peña, S. (2011). PEÑA, Sergio, "Apuntes Derecho Internacional Público", Curso de Derecho Internacional público. En PEÑA, Sergio, "Apuntes Derecho Internacional Público", Curso de Derecho Internacional público (pág. pág. 12). Valparaíso, Chile.

Quisbert, E., "Métodos del estudio del Derecho", 2011, en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2011/02/med.html> Consulta: 11 junio 2019

Sorensen, M. (1981). Manual de Derecho internacional Público. En M. Sorensen, Manual de Derecho internacional Público (pág. 200). México.

Torré, A. (2011). Introducción al estudio del Derecho. En A. Torr , Introducción al estudio del Derecho (pág. 627). Argentina.

Verdross, A. (1980.). Derecho Internacional público (6 ed.). Madrid.

Zamarripa, Norka López, (año 18- vol. 41 num. 1 enero- julio, 2018). Los Tratados Internacionales en el Sistema Jurídico Mexicano. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho, 13.

ANEXOS

Guía de entrevista a Abogados especialistas en Derecho Internacional, Derecho Constitucional o Derechos Humanos.

1. Es cierto que en la aplicación del Derecho predomina el principio de supremacía constitucional.
2. Qué conflicto se presenta entre principio de supremacía constitucional y el de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno.
3. Que efectos jurídicos produce un instrumento internacional en la legislación interna.
4. La Declaración de derechos y deberes de los Estados, en su artículo 13, dispone: "Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir ese deber". Cual podría ser la excepción a esta regla.
5. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 prevé, en su artículo 27, que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". ¿A menos que este resulte inconstitucional o de ninguna forma?
6. ¿A que se llama supremacía constitucional?

7. Qué importancia tiene la figura del bloque de constitucionalidad para la recepción del derecho internacional.
8. ¿Es posible que exista contradicción entre un instrumento internacional con la Constitución de la República?
9. ¿Y si este es el caso cual es el camino a seguir para resolverlo?
10. Considera usted que al momento de ratificar un tratado, convenio o pacto internacional debe de realizarse un examen de constitucionalidad, o se debe de ratificar únicamente por que el órgano ejecutivo decidió celebrarlo.
11. Algunas personas consideran que el principio de supremacía constitucional propicia una serie de obstáculos a la aplicabilidad del control de convencionalidad. Ud. Que opina
12. Considera que algunas normas internacionales desarrolladas en Tratados Internacionales pueden estar en conflicto con las normas internas de un Estado, es decir que contradicen la Constitución.
13. En el caso, del artículo 149 de la Constitución se podría entender que esta prevalece sobre los tratados internacionales. La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

14. Entonces que debe prevalecer la Supremacía Constitucional frente al derecho internacional, o es el caso contrario, prima el Derecho Internacional sobre el derecho interno de un Estado incluyendo a la norma fundamental de este.

15. Hay otras materias además de derechos humanos donde pueden chocar estos dos principios (supremacía constitucional y el de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno).

Consentimiento Informado para Entrevista

El propósito de esta ficha de consentimiento es proveer a los entrevistados una clara explicación de la investigación que se realiza, así como de su rol en ella como participantes.

La presente investigación es conducida por los bachilleres José Roberto Fuentes Granados, Nitzá Roxana Amaya Chávez, Oscar Eduardo Pastore Majano, bachilleres en proceso de obtener el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.

El Propósito de este estudio es:

Determinar la relación entre el principio de supremacía constitucional y el principio de preeminencia del derecho internacional sobre el derecho interno, en la resolución de litigios en el que ambos sistemas legales puedan ser invocados.

Si usted accede a participar en este estudio, se le pedirá responder preguntas en una entrevista semi estructurada. Esto tomará aproximadamente treinta minutos de su tiempo o lo que usted estime conveniente. Lo que conversemos durante estas sesiones se grabará, de modo que el investigador pueda transcribir después las ideas que usted haya expresado.

La participación en este estudio es estrictamente voluntaria. La información que se recoja será confidencial y no se usará para ningún otro propósito fuera de los de esta investigación. Sus respuestas a la entrevista serán codificadas usando un número de identificación y por lo tanto, serán anónimas si usted así lo requiere.

De antemano, le agradecemos su participación.

Acepto participar voluntariamente en esta investigación, he sido informado (a) del propósito del estudio y sobre el manejo confidencial de la información

Me han indicado también que tendré que responder una guía semi estructurada de preguntas en una entrevista, lo cual tomará aproximadamente treinta minutos o el tiempo que yo determine y en cualquier momento puedo decidir que la entrevista ha concluido.

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirarme del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona. De tener preguntas

sobre mi participación en este estudio, puedo contactar a Oscar Eduardo Pastore Majano al teléfono 7396-1347, a José Roberto Fuentes Granados, al 6122-3097 o a Nitza Roxana Amaya Ramos, al 7280-8700

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Nombre del Participante

Firma

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS.

Art. 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Art. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Art. 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.