

APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

El estudio del derecho de los derechos humanos desde la teoría general se compone de dos grandes vertientes, cuya vinculación resulta prioritaria al momento de asegurar la efectiva protección de los derechos de la persona humana. Por ende, para conformar un análisis completo de la disciplina es necesario el abordaje de esas dos vertientes de protección de los derechos humanos que lo nutren y enriquecen. Una, en el ámbito interno, y otra, en el internacional. Estas dos vertientes, la que emana del derecho interno y la que proviene del derecho internacional, tienen por denominador común la protección de los derechos y deberes del ser humano, cuyo fundamento se encuentra en el reconocimiento del valor humano de la dignidad.

En la Declaración y Programa de Acción de Viena emitida en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 se ilustró la relevancia de este enfoque complementario entre los dos órdenes de protección de los derechos humanos:

La democracia, el desarrollo y el respeto de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico social y cultural y en su plena participación en todos los aspectos de la vida. En este contexto la promoción y protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional. La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en el mundo entero.⁴³

Sobre la interacción existente entre el derecho interno y el derecho internacional en relación con la protección de los derechos humanos, Héctor Gros Espiell destaca que:

La cuestión supone necesariamente una revisión del concepto tradicional, absoluto y herético, hoy superado de la soberanía y la reconsideración de las ideas del dominio reservado y

⁴³ «Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 14 a 25 de junio de 1993, Viena, Austria», en *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales*, vol. I, Primera Parte: «Instrumentos de carácter universal», Ginebra, ONU, 2002, párrafo 8, p. 50. Este texto es igualmente accesible en <<http://daccess-ods.on.org/TMP/9099521.63696289/html>>[consulta: 5/4/2010].

— 64 de jurisdicción interna, en base a una adecuada y moderna interpretación del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, extrayendo parcialmente de esa exclusiva jurisdicción interna la materia relativa a los Derechos Humanos.⁴⁴

La complementación entre las dos vertientes que informan el derecho de los derechos humanos es descrita por Augusto Cançado Trindade, quien asegura que en el campo de la protección de los derechos humanos, el derecho interno y el derecho internacional conforman un «todo armónico» y crean un «ordenamiento jurídico de protección».⁴⁵ Al decir del autor,

Ya no se justifica que el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional sigan siendo abordados en forma estática como lo fueron en el pasado. Ya no puede haber duda que las grandes transformaciones internas de los Estados repercuten en el plano internacional, y la nueva realidad en este así conformada provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los estados afectados.⁴⁶

Y más adelante señala:

La compartimentación teórica y estática de la doctrina clásica, entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, en nuestros días, con la interacción dinámica entre uno y otro en este ámbito, es el propio Derecho que se enriquece, y se justifica, en la medida en que cumple su misión última de hacer justicia. En el presente contexto el Derecho Internacional y el Derecho Interno interactúan y se auxilian mutuamente en el proceso de expansión y fortalecimiento del derecho de protección del ser humano.

En lo que respecta al ámbito internacional, a partir del tronco común del derecho internacional público clásico se han edificado a lo largo de los siglos XIX y XX, y aún hoy, diferentes ramas que abordan temas específicos o situaciones puntuales de la realidad contemporánea. Ellas son el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados y el derecho internacional de la bioética. Estas ramas que se abren desde el derecho internacional público clásico observan entre sí un proceso de interacción y complementación constante, el cual se funda en la necesidad de asegurar la mayor protección de la persona humana y el respeto de sus derechos. Han surgido particularmente como consecuencia de una historia reciente de atrocidades y abusos cometidos especialmente en el siglo XX y fundamentalmente durante el transcurso de la Segunda Guerra

⁴⁴ Héctor Gros Espiell, «Los Derechos Humanos en la Constitución Uruguaya y su protección internacional», en ídem, *Temas internacionales*, Montevideo, Melibea, 2001, p. 445.

⁴⁵ Augusto Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 506: «Na verdade, como se pode deprender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmónico: apontam na mesma direção, desvedando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que tem seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos».

⁴⁶ Augusto Cançado Trindade, «La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos. Aplicación del DIDDHH en los Tribunales y Cortes internacionales», en Lorena González (ed.), *El Juez y la defensa de la Democracia: un enfoque a partir de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IIDH, 1993, pp. 233-270.

Mundial pero que no ha cesado con la finalización de esta. Las voces que reclamaron un estatus legal que asegurara la convivencia y el respeto de las personas en el goce de sus derechos, deberes y garantías continúan alertas y activas, dando mayor profundidad y eficacia a la existencia de estas normas jurídicas que emanan del derecho internacional y que se continúan creando, para otorgar la seguridad en materia jurídica de los derechos de la persona humana, por encima de las disposiciones normativas de los ordenamientos estatales. Así los documentos internacionales en temas que vinculan al derecho a la vida, integridad física, libertad, seguridad, educación, alimentación, vivienda, los aspectos relativos a los refugiados, migrantes, el derecho de las personas en conflictos internacionales o internos; el derecho a no ser sometido a torturas y tratos crueles inhumanos y degradantes, entre otros que integran una larga lista de derechos y garantías, comenzaron a asegurar la vigencia de los derechos humanos interactuando con el derecho interno de cada Estado en forma cada vez más progresiva y constante.

La conciliación entre la protección interna de los derechos humanos basada en la Constitución y la que emana del ámbito internacional es reconocida unánimemente por la doctrina nacional desde hace ya tiempo. En 1959, en oportunidad de discutirse el proyecto de Convención Americana de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República por un destacado número de juristas uruguayos, la comunidad académica se expresó en aras de la armónica conciliación entre ambos órdenes de protección. Así, en el simposio de referencia se aprobó la siguiente conclusión:

Si bien la Constitución uruguaya no prevé la existencia de una declaración y de un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos, ello, por sí, no significa la inconstitucionalidad de un convenio internacional referente a la materia. Tal inconstitucionalidad no existe porque, en el sistema de la Constitución, los derechos individuales no son establecidos o creados por el texto constitucional; no derivan su existencia del hecho de que una norma los prevea, sino que, por el contrario, la Constitución se limita a declarar, a enunciar y a proteger derechos preexistentes, que el ser humano posee por su calidad de tal. De modo que el orden jurídico estatal presupone los derechos humanos, que son anteriores a él. En consecuencia, su declaración y protección internacional no significan otra cosa que la previsión normativa de que también el orden jurídico internacional, al igual que el interno, se dirige a la defensa de la persona humana, que es la base y el fundamento de todo el sistema jurídico. Y es por ello que un sistema internacional de protección de los derechos del hombre, libremente consentido por los Estados, no puede considerarse, por razón de materia, contrario a una Constitución que se fundamente en una concepción democrática de Estado.⁴⁷

ESPECIAL NATURALEZA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Los tratados de derechos humanos se diferencian de los tratados clásicos en mérito a su especial naturaleza. Los tratados de derechos humanos obligan a los Estados en relación con cualquier persona

⁴⁷ Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos de Santiago de Chile, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, Udelar, 1959, sección III, cap. VIII, p. 27. Participaron en este simposio los doctores Quintín Alfonsín, Aníbal Barbagelata, Héctor Barbé Pérez, Emilio Bonino, Carlos Carvajal, Alberto Domínguez, Hugo Estrázulas, Francisco Gamarra, Adolfo Gelsi, Héctor Gros Espiell, Justino Jiménez de Aréchaga, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Jorge Peirano Facio, Alberto Real, Dardo Regules, Eduardo Rodríguez Larreta, Enrique Sayagués Laso, Bernardo Supervielle, Jóvito Villalba y Juan P. Zeballos. Así también se refiere pioneramente al tema Ramón Valdés Costa en «Protección de los derechos del contribuyente a nivel internacional», publicado en *Revista Tributaria*, tomo XV, n.º 84, Montevideo, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, pp. 207 ss.

— 66 que se encuentre sujeta a su jurisdicción. Ello sin perjuicio de la responsabilidad genérica frente a la comunidad internacional y frente a los otros Estados partes en el mismo tratado. Al probar, ratificar o adherirse a los tratados de derechos humanos, los Estados aceptan armonizar sus legislaciones internas con los estándares internacionales que surgen de los tratados. Si es necesario, deberán legislar y eventualmente tipificar delitos o derogar prácticas o leyes que se contradicen con lo previsto en el tratado que los obliga.

A modo de ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 2 bajo el título «Deber de adoptar las disposiciones de derecho interno»:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Así en relación con la protección de la mujer en situaciones de violencia, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 9 de junio de 1994, establece en su capítulo III, titulado «Deberes de los Estados», que estos deberán : «c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso».

Sobre la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva número 2/82:

[...] los tratados modernos sobre Derechos Humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró: Que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención Europea son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los Derechos Fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (“Austria vs. Italy”, Application núm. 788/60. *European Yearbook of Human Rights*, 1961, vol. 4, p. 140).⁴⁸

⁴⁸ Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - OC 2/1982 sobre «El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre DD. HH.», párrafo 29.

La creación de tratados de derechos humanos adquirió especial trascendencia en el transcurso de la segunda mitad del siglo XX, tal cual se ha señalado. Su influencia determinó en muchos casos el influjo e incorporación de estándares internacionales en el derecho interno de los diferentes Estados. Se fortaleció la conciencia general de asegurar y proyectar la protección de los derechos humanos en un consenso internacional que asegurara, por sobre todas las soberanías y autoridades estatales, el reconocimiento a la dignidad de las personas. Así puede verse el esfuerzo de los países por incluir el contenido de fondo de las convenciones internacionales en la legislación interna a través de reformas constitucionales o legales. Todo ello en armonía con las obligaciones que el Estado asumió al ratificar el tratado que lo obliga.⁴⁹

El análisis que nos ocupa reviste importancia desde el punto de vista no solo teórico sino práctico. Ello en mérito a la relevancia de la obligación internacional que el Estado asume. Ante este panorama, la armonización de los órdenes interno e internacional constituye una asignatura pendiente para muchos Estados y su tratamiento, de relevancia inevitable.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General n.º 31 relativa a «La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados», señala en su párrafo 3:

[...] A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (véanse los párrafos 9 y 10). En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe.

Y en el párrafo 4 expresa concretamente en relación con los dos órdenes de protección jurídica:

Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El Poder Ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte «puede no invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado». Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos

⁴⁹ En Uruguay, un ejemplo de la influencia de los estándares que emanan del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno puede verificarse con la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia (ley 17823, de 7 de setiembre de 2004). Una de sus dos metas fue la de «adecuar la normativa vigente en el país a las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño y a los instrumentos internacionales ratificados por el país». Jacinta Balbela y Ricardo Pérez Manrique, *Código de la Niñez y Adolescencia comentado y anotado*, Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira, 2005, p. X.

— 68 constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado. A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Partes que tienen una estructura federal lo estipulado en el artículo 50, según el cual las disposiciones del Pacto «se extenderán a todas las partes de los Estados federales sin ninguna limitación ni excepción».⁵⁰

En este sentido destacan dos aspectos fundamentales: uno de forma y otro de contenido. En relación con el contenido, los estándares internacionales se han ido permeando en las legislaciones internas a través de la redacción de normas que contienen conceptos similares a los incluidos en los textos internacionales. Estos se han ido incorporando en un proceso constante y paulatino que requiere siempre una adecuación a la realidad del país y los aspectos de diversidad cultural. Todo ello ha demostrado que el contenido de fondo de los tratados ha influido en la legislación de los Estados, que han asimilado en muchos casos soluciones similares. Puede asegurarse asimismo que la universalidad de estos estándares o normas de derechos humanos puede llegar a considerar su adaptación genérica a la realidad cultural. Ello en caso de que determinada práctica basada en la diversidad cultural violente el respeto a la dignidad humana.

En cuanto a la forma, el problema reviste también relevancia, debido en gran parte a las consecuencias que ello puede tener para la aplicación jurídica. Esta cuestión nos lleva al análisis de a) los procedimientos formales de aprobación de los tratados; y b) la jerarquía que debe atribuírseles en el ordenamiento interno.

A. PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LOS TRATADOS SEGÚN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

El procedimiento de aprobación de los tratados está previsto en la Constitución nacional. Para la aprobación y ratificación de los tratados deben observarse los artículos 168 numeral 20, y 85 inciso 7. El Poder Ejecutivo tiene la atribución de «concluir y suscribir tratados». Mientras tanto, el Poder Legislativo tiene como competencia «decretar la guerra y aprobar por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o tratados de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras». En cuanto a las operaciones sucesivas que deben cumplirse para la perfección de un tratado Justino Jiménez de Aréchaga diferencia las siguientes: 1) negociación, conclusión y suscripción por el Poder Ejecutivo; 2) aprobación por la Asamblea General y 3) ratificación por el Poder Ejecutivo.

Una vez cumplidas estas instancias según el mandato constitucional, los tratados de derechos humanos se aplican directa e inmediatamente en el derecho interno. No requieren ningún procedimiento posterior de transformación o incorporación, salvo que la norma internacional lo prevea. Los tratados de derechos humanos son autoejecutables tal cual se dirá más adelante.

⁵⁰ Observación General n.º 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80.º período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004). Puede verse en: <<http://daccess-dds-nyun.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>> [consulta 5/4/2010].

La discusión en relación con la tesis dualista y monista ha sido descrita por Eduardo Jiménez de Aréchaga⁵¹ oportunamente. Para el análisis que nos ocupa la determinación de si el derecho internacional y el derecho interno conforman un todo interconectado (tesis monista) o por el contrario están separados e incommunicados (tesis dualista), es relevante. Para los partidarios del dualismo, tesis fundada por el jurista alemán Triepel, «al fin de alcanzar al individuo la norma de derecho internacional debe ser transformada en disposiciones de derecho interno, sean leyes o medidas administrativas». La tesis monista afirma la existencia de una interconexión entre ambos sistemas jurídicos, y que la incorporación es automática.

Siguiendo esta última tesis, las normas de derecho internacional son aplicadas directamente en el derecho interno. Concluye al respecto Eduardo Jiménez de Aréchaga que en Uruguay «ha primado la posición monista tanto respecto a las normas internacionales de origen consuetudinario como aquellas que emanan de los tratados».

En relación con este punto el derecho internacional público ha elaborado el concepto de normas autoejecutables (*self-executing*). Este concepto resulta clave para resolver en qué casos se produce la incorporación automática o debe realizarse la transformación tal cual señalan los dualistas. El tratado se considera autoejecutable cuando es susceptible de aplicación inmediata y directa y no es necesaria ninguna acción para su implementación o exigibilidad.

Los tratados de derechos humanos por su propia naturaleza son autoejecutables. Si bien a veces encontramos disposiciones programáticas (artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a los derechos económicos, sociales y culturales) u otros casos que como hemos referido requieren una adecuación normativa en el nivel interno, las convenciones de derechos humanos son de aplicación directa. Y su exigibilidad, tal cual afirma Eduardo Jiménez de Aréchaga,⁵² es inmediata. Esta afirmación se funda en la propia voluntad del Estado parte que radica en reconocer a favor de los individuos como terceros beneficiarios ciertos derechos y libertades fundamentales y no regular las relaciones entre los Estados partes. Todo ello conforme se ha descrito la especial naturaleza de los tratados modernos de derechos humanos.

B. LA CUESTIÓN DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La otra cuestión a estudiar es la de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, punto sobre el cual se encuentran algunas diferencias. Según enseña Eduardo Jiménez de Aréchaga, «la aprobación parlamentaria de los tratados les imprime jerarquía legal, al considerar que la ley de aprobación de un tratado no tiene por contenido el tratado mismo, sino que es solo una etapa en el proceso de formación de la voluntad del Estado de vincularse con un tratado».

Así lo reafirma Héctor Gros Espiell, quien precisa: «Las disposiciones incorporadas en el Derecho Interno pasan a tener la jerarquía correspondiente a las leyes. Es decir que no poseen un nivel supra-constitucional, constitucional o suprallegal».⁵³

⁵¹ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Normas vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema interamericano*, 1.ª edición, Montevideo, FCU, 1988, pp. 27 ss.

⁵² *Ibidem*, p. 38.

⁵³ Gros Espiell, «Los derechos humanos en la Constitución uruguaya...», o. cit., p. 456.

— 70 Puede precisarse, sin embargo, que el tratado en sí, para ser dejado sin efecto, tendrá que observar lo previsto en el propio instrumento jurídico en relación con su extinción. Para ello es necesario aplicar las previsiones que emanan del derecho internacional respecto de la creación y finalización de un tratado y es de aplicación lo previsto en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. Al respecto, su sección 3, compuesta por los artículos 54 a 64, prevé todo lo relativo a la «terminación de los tratados y suspensión de su aplicación».⁵⁴ Entre ellas la denuncia del propio tratado (artículo 56 de la Convención de Viena).

Por ende, el tratado aprobado de acuerdo con el procedimiento que establece nuestra Constitución no podrá ser derogado por otra ley sino que, en caso de aprobarse una ley que deroga la anterior que ratificó el tratado, el instrumento internacional debería concomitantemente u oportunamente ser denunciado para que deje de obligar al Estado que lo suscribió. Eso bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional atento a que no se cumple con lo previsto en el tratado no denunciado. La ley interna no puede derogar el tratado.

Al respecto la opinión consultiva número 14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 9 de diciembre de 1994, se expidió sobre la responsabilidad internacional de los Estados por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. La consulta solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece:

Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de esta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

En segundo lugar agrega:

Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.

No existe una previsión constitucional que resuelva a texto expreso el tema de la jerarquía de los tratados de derechos humanos en Uruguay. No está por ende resuelto el nivel jerárquico de la norma internacional que ha sido aprobada y ratificada por el Estado con una norma que tiene nivel de ley según la exégesis sistemática del texto de la Constitución.

Esta cuestión, arduamente debatida por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, ha sido objeto de soluciones diversas. Puede verse en algunos Estados una tendencia progresiva a incorporar previsiones expresas a esta problemática en la propia Constitución. Así, ciertos países han optado por la referencia expresa de la jerarquía que tendrán los tratados de derechos humanos una vez ratificados por el Estado frente a las demás normas del derecho interno y la propia Constitución.

⁵⁴ Sobre esta temática puede ampliarse en *Curso de derecho internacional público*, de autores varios, tomo I, Montevideo, FCU, 1979, pp. 191 ss.

Claro ejemplo de la cuestión de la jerarquía lo constituye la reforma de la Constitución argentina operada en 1994.⁵⁵ En su artículo 75 sobre las atribuciones del Congreso, el numeral 22 expresamente señala la jerarquía constitucional que tendrán determinados tratados de derechos humanos. Refiere el párrafo 2 del numeral 22 a un primer grupo integrado por la Declaración Americana, la Declaración Universal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los dos Pactos Internacionales de DCP y DESC de 1966 y el Protocolo Facultativo del primero, la Convención sobre la Prevención del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre 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 la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales:

en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Un segundo grupo de tratados previsto en el párrafo 2 del numeral 22 señala que: «Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

Anteriormente otros Estados habían incluido también en reformas constitucionales verificadas en las últimas décadas del siglo XX normas expresas sobre la jerarquía supralegal o constitucional del derecho internacional de los derechos humanos. Así puede verse que Guatemala en la Constitución de 1985, en su artículo 46, bajo el título «Preeminencia del derecho internacional» establece: «el principio general de que en materia de Derechos Humanos, los tratados y las convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno».⁵⁶

Con un matiz la Constitución de Nicaragua de 1987⁵⁷ establece en su artículo 46 otro ejemplo ilustrativo de la importancia de los derechos que se consagran en determinados instrumentos internacionales de derechos humanos:

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del

⁵⁵ *Constitución nacional 1994*, 2.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004. Artículo 75 relativo a las atribuciones del Congreso, numeral 22, primer párrafo: «Aprobar y desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes».

⁵⁶ *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985, Guatemala, Publicaciones del Ministerio de Gobernación, 1987.

⁵⁷ *Constitución Política de la República de Nicaragua*, Impresa en Canadá por Amigos de Nicaragua con autorización de la Asamblea Nacional de Nicaragua, 1989, artículo 46.

— 72 Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA.

En esta misma línea encontramos la Constitución de Chile, cuya reforma de 1989⁵⁸ agregó un inciso al final del artículo 5 (II), que quedó redactado de la siguiente forma:

La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de las elecciones periódicas y también por las autoridades que la Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse ese derecho.

El ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los Derechos Humanos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La Constitución de Colombia de 1991⁵⁹ en su artículo 93 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.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el constitucionalismo moderno se vislumbra una tendencia a equiparar los derechos humanos consagrados en los tratados de derechos humanos con los derechos constitucionales. Este fenómeno de la denominada «constitucionalización de los derechos humanos» se puede apreciar con independencia de la jerarquía de los tratados que consagran dichos derechos humanos en el ordenamiento interno de cada país. Tal cual señala Carlos M. Ayala Corao,⁶⁰

El problema jurídico formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material su objeto o contenido (los Derechos Humanos) va a equipararse al mismo rango de los derechos constitucionales. En otras palabras por esta vía los Derechos Humanos adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales y por tanto el de la Constitución misma.

⁵⁸ *Constitución Política de la República de Chile 1989. Ley 18825 de 16 de agosto de 1989, Diario Oficial de Chile, n.º 33450, 17 agosto de 1989, artículo 5.*

⁵⁹ *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, Imprenta Nacional de Colombia, enero de 1998, artículo 93.

⁶⁰ Carlos Ayala Corao, «Jerarquía de los Tratados en el ordenamiento jurídico de los Estados». En Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana (coords.), *La dimensión internacional de los Derechos Humanos. Guía para la aplicación de las normas de Derecho Internacional en el Derecho Interno*, Washington DC, BID - American University, 1999, p. 92.

Como dijimos, la Constitución uruguaya no contiene a texto expreso ningún artículo que otorgue especial jerarquía a dichos instrumentos jurídicos. Ello sin perjuicio de las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que se han expresado al respecto.

La norma que ratifica un tratado posee rango legal. El cometido de dicha ley ha sido sancionar una norma de aprobación de un tratado. Esta habilitará al Poder Ejecutivo a ratificar el tratado. Tal cual expresamente lo estipula la Constitución, como se ha visto.⁶¹

Sin perjuicio de ello cobra especial relevancia la incidencia del artículo 72 de la Constitución en tal análisis. No porque le otorgue un rango constitucional a los tratados en sí, lo cual como hemos visto no surge de la Constitución, sino por la incidencia que lo establecido en dicho artículo provoca.

El artículo 72 por ende expresa que: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno». Los derechos, deberes y garantías que están previstos en un tratado de derechos humanos pueden entonces incorporarse al derecho interno a través de este artículo. Y dichos derechos tienen jerarquía constitucional. Los derechos previstos en el tratado. No el tratado en sí. Y ello en mérito al principio de inherencia a la naturaleza humana o porque derivan de la forma republicana de gobierno. Estos derechos previstos en los tratados complementarán la nómina de derechos que la Constitución enumera y cuyo listado permanece abierto ante la posibilidad de que se reconozcan otros no expresados en el texto.

Sobre la jerarquía constitucional de dichos derechos, deberes y garantías, Risso Ferrand afirma:

De esta forma los derechos humanos no establecidos a texto expreso en la Constitución, pero contenidos en tratados internacionales ratificados por la República, tendrán no sólo rango supralegal, sino jerarquía constitucional, tal como lo impone el artículo 72 de la Constitución.⁶²

Por su parte, Gros Espiell concluye en tal sentido:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplica directa e inmediatamente en el Uruguay, teniendo los instrumentos convencionales pertinentes jerarquía equivalente a la ley interna, con las salvedades y matizaciones que hemos señalado. Pero los Derechos, Deberes y Garantías incorporados por virtud del artículo 72 tienen jerarquía, naturaleza y protección constitucional.⁶³

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha abordado el tema en diversas sentencias que requieren, en relación con el tema puntual de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, una mayor precisión.

⁶¹ Señala al respecto Gonzalo Aguirre Ramírez que «la naturaleza jurídica de esta ley es la de un acto de autorización, en mérito de cuyo contenido se habilita al Poder Ejecutivo a ejercer su poder jurídico de ratificar el tratado que anteriormente negoció, concluyó y suscribió». En *Derecho Legislativo*, tomo I «Teoría General de la Ley», Montevideo, FCU, 1997, p. 182.

⁶² Martín Risso Ferrand, «La Constitución uruguaya y los tratados internacionales». En *Revista de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, 2000, p. 317.

⁶³ Gros Espiell, «Los derechos humanos en la Constitución uruguaya...», o. cit., p. 464.

— 74 La sentencia 201/2002 de la Suprema Corte de Justicia,⁶⁴ de 26 de julio de 2002, que recayó en juicio de desconocimiento de paternidad, se refiere al derecho a la identidad de un niño señalando que:

Tal como sostuvo esta Corporación en anterior pronunciamiento [...] el derecho a la identidad del menor tiene en la Argentina jerarquía de ley fundamental (artículo 75 numeral 22); en nuestro país cabe similar solución por la incidencia que tiene el artículo 72 de la Constitución que permite recepcionar todos los derechos humanos que se consagran —más específicamente— en las Convenciones o Pactos Internacionales [...] Sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 418/97 de 17 de diciembre de 1997 (publicada en *LJU*, n.º 13508).

En sentencia 365/2009 de la Suprema Corte de Justicia,⁶⁵ de 19 de octubre de 2009, que resolvió la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la ley 15848, el fallo expresa sobre el tema en cuestión:

En relación con que las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo. La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos se integran a la Carta por la vía del artículo 72 por tratarse de Derechos inherentes a la Dignidad Humana que la comunidad internacional reconoce en los pactos. En este sentido Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los artículos 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales de Derecho positivo, de trascendencia práctica de los que no puede prescindir la sistematización técnico jurídica (Real, Alberto Ramón. «El Estado de Derecho» en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*. Montevideo, 1957, página 604). [...]

La sentencia agrega conceptos citando diversos autores para concluir sobre este tema que:

Analizada la cuestión en su contexto se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario la regulación actual de los Derechos Humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado. [...] Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro «[...] al momento de dictarse la ley y más tarde, la sentencia, debían tenerse

⁶⁴ Sentencia SCJ 201/2002, de 26 de julio de 2002, *M. T., M. A. c/ B. M., S. M. - Desconocimiento de la paternidad. Casación*.

⁶⁵ Sentencia SCJ 365/2009, de 19 octubre 2009. *Sabalsagaray Curutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de la ley 15848*, Ficha 97-397/2004. En *Revista de Derecho Público*, n.º 37, Montevideo, FCU (en imprenta).

en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos». ⁶⁶

La cuestión radica en definir bien los ámbitos y procedimientos de creación y derogación o cese de los efectos en su caso de las normas: la ley o el tratado. Pues el tratado es una norma de derecho internacional que se regirá por este (canje de ratificaciones y entrada en vigor). Nace, produce efectos y se extingue con arreglo a dicho derecho.

Señala al respecto Gonzalo Aguirre Ramírez:

Una ley contraria a un tratado anteriormente celebrado por el país es un acto contrario a la Constitución, ilegítimo, pues la Constitución ha autorizado al Poder Ejecutivo a suscribir y ratificar tratados, con autorización del Parlamento, sabiendo que estos son normas de Derecho Internacional que obligan al gobierno nacional, que se rigen por dicho Derecho y que solo se extinguen en los casos y por los procedimientos previstos por el Derecho Internacional. ⁶⁷

Para derogar un tratado se requiere cumplir con lo establecido en su texto en relación con el procedimiento de denuncia o lo previsto en el derecho internacional general bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional tal cual lo ha establecido la Corte Interamericana en la opinión consultiva número 14 antes referida. Mientras el tratado esté vigente, el ordenamiento interno debe armonizarse a las previsiones de este, pues esa es la obligación asumida por el Estado al ratificar el referido tratado.

Ahora bien, en caso de que se optara por denunciar el tratado de derechos humanos, esta decisión del Estado supone un problema aun mayor. Se están cesando los efectos de un instrumento que contiene derechos, deberes o garantías cuya jerarquía, por aplicación del artículo 72, es constitucional. Que incluye derechos que se han considerado de rango constitucional, según se ha visto. Hecho que podría en cierta forma implicar un freno para concretar la denuncia misma del tratado. O un impedimento. Esto último si se tiene en cuenta que el eventual tratado de derechos humanos que el Estado pretende denunciar para eliminar sus efectos, puede incluir derechos considerados como normas de *jus cogens*. Esto es, normas que por la especial naturaleza de su objeto, la importancia de su contenido y su aceptación universal no admiten pacto en contrario, el que se considerará nulo. Estas normas están reguladas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. A modo de ejemplo, la prohibición de la tortura constituye una norma de *jus cogens* de indiscutible carácter consuetudinario e imperativo. La relevancia de su contenido en relación con la salvaguarda de la vida y la integridad física de las personas y su aceptación universal hacen que no sea viable una norma o pacto en contrario. ⁶⁸

Por ende, la denuncia de un tratado de derechos humanos puede implicar, por un lado, el cese de los efectos de derechos que se han considerado constitucionales por la vía del artículo 72.

⁶⁶ Puede verse al respecto Alicia Castro, «La ley 15848 de Caducidad y la Constitución. Una sentencia que no pudo clausurar el debate». En *Revista de Derecho Público*, n.º 35, Montevideo, FCU, 2009, p. 125.

⁶⁷ Gonzalo Aguirre Ramírez, *Derecho Legislativo*, tomo I, o. cit., p. 182.

⁶⁸ Sobre fuentes en materia de derecho internacional público puede consultarse Alejandro Pastori, «Las fuentes y normas de derecho internacional público ante la fragmentación de la materia», en *Revista de Derecho Público*, n.º 33, Montevideo, p. 143.

— 76 Por otro lado, implica un retroceso en relación con la protección de los derechos humanos. Y más aún en el caso de que se trate de normas que puedan ser consideradas por la comunidad internacional como de *jus cogens*. El fin que se está buscando al dejar sin efecto el tratado de derechos humanos implica un retroceso en lo que refiere a la protección de los derechos que la comunidad internacional ha considerado imperativos.

La aprobación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y respecto de la consagración específica de derechos, deberes y garantías a las personas no admite retrocesos que impliquen un menoscabo a estándares mínimos adoptados por en beneficio de la persona humana, pues dichos estándares están asegurando la vigencia de los derechos y libertades así como también fortaleciendo su existencia en el campo del derecho. En este marco podemos aludir a un Estado de derecho también en el ámbito internacional, que nos permite reafirmar el principio de respeto a los derechos humanos en forma progresiva y constante, sin que este admita retrocesos que supongan un perjuicio, menoscabo, disminución o pérdida de los derechos existentes y reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁶⁹

Las soluciones que vienen ajustando la doctrina y la jurisprudencia transitan por un camino que apunta a la consolidación de la protección de los derechos humanos en una doble aproximación del derecho interno y el derecho internacional. Todo ello en la misma línea que verifican las tendencias modernas del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos que confluyen en torno al reconocimiento de los derechos humanos como premisa fundamental del moderno Estado de derecho.

Consolidar la protección sobre la base de las dos vertientes que enriquecen el derecho de los derechos humanos resulta ser el desafío que afrontan la mayoría de los Estados. Esto contribuirá a acortar el infinito abismo que muchas veces se vislumbra entre la realidad en la cual el mundo hoy transita, y la norma como expresión máxima de la necesidad de seguridad jurídica.

⁶⁹ Dos informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a raíz de denuncias concretas presentadas contra el Estado uruguayo merecen especial interés. Estos son el Informe 29/92, de 2 de octubre de 1992, y el Informe 35/2007, de 1º de mayo de 2007. El primero concluyó que la ley 15848, de 22.12.1986 (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado) es incompatible con el artículo XVIII (Derecho a la justicia) de la Declaración Americana y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (OEA/Ser. L/V.II.83 Doc. 14). El otro informe recaído en el caso 12553 promovido por Jorge, José y Dante Peirano Basso recomienda al Estado uruguayo, entre otros puntos, que «produzca la modificación de las disposiciones legislativas o de otro carácter, a fin de hacerlas consistentes en un todo con las normas de la Convención Americana que garantizan el derecho a la libertad personal». En ambos casos Uruguay aún no ha adecuado su legislación interna con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que recomendó la Comisión Interamericana.