

INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MARTÍN RISSO FERRAND*

SUMARIO

I. COMENTARIO PRELIMINAR.—2. MARCO CONCEPTUAL.—3. APROXIMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: A) Separación. B) Aproximación. C) Constitucionalización. D) Fusión. E) Bloque.—4. ¿LO ANTERIOR ES ADMISIBLE EN EL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL URUGUAYO?—5. AVANCES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA URUGUAYA.—6. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Partiendo de una referencia a los principales paradigmas contemporáneos vinculados al tema a analizar, el autor estudia cómo fue en Latinoamérica el proceso de aproximación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional, desde la separación, pasando por las primeras formas de complementación, por la constitucionalización del primero y fusión actual sin que las normas pierdan su fuente jurídica. Se procura profundizar en el concepto de «bloque constitucional», «bloque constitucional de los derechos humanos» o «bloque de los derechos humanos» procurando evitar problemas terminológicos y aclarar su sentido. Por último, se analiza la compatibilidad de la noción del bloque de los derechos humanos con la Constitución uruguaya y cuál es la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia.

Palabras claves: Constitución, Derechos Humanos, bloque de los derechos humanos.

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional en pregrado y maestría en la Universidad Católica del Uruguay, de cuya Facultad de Derecho ha sido Decano.

ABSTRACT

Considering the main paradigms of our days linking to the title of this paper, the author studies the approach process between the International Law of the Human Rights and the Constitutional Law, from the original separation, across the complementation period, the transformation of the international law in constitutional law, until their recent merger without the blending of their different sources. The paper deepens the concept of the «human rights block» trying to avoid terminological problems and clarifying its meaning. At the end, the author analyzes the compatibility of the notion of the «human rights block» with the Uruguayan Constitution and the current Supreme Court's decisions.

Key words: Constitution, human rights, human rights block.

1. COMENTARIO PRELIMINAR

Nada nuevo digo al señalar que en los últimos treinta años el derecho ha experimentado cambios realmente asombrosos, a un ritmo de vértigo, de forma tal que cuando el operador jurídico comienza a acomodarse ante los nuevos paradigmas y realidades, ya comienzan estos a modificarse. Cambios profundos, que antes precisaban de décadas, o hasta siglos, de cuestionamientos y reflexión para procesar cambios, hoy se presentan con inusitada rapidez.

Este fenómeno transforma el rol de los operadores jurídicos, ya que más allá del conocimiento normativo, doctrinal y jurisprudencial de los distintos temas, hoy es más necesaria la ductilidad del operador para adaptarse constantemente y actuar en un escenario inestable y cambiante. Esto, por supuesto, que lleva asociado la necesidad de un manejo mucho más profundo de los grandes principios y valores, sin los cuales resulta imposible la adaptación a una realidad cambiante.

Hace tres décadas aún nos encontrábamos en los tiempos de los Estados soberanos (la soberanía como dogma básico no aceptaba excepciones), de la separación del orden interno y del internacional, de la primacía de la ley (y de los parlamentos) casi absoluta, de la resistencia a los controles contramayoritarios, etc. Pensar en esto y en dónde estamos hoy resulta asombroso.

A los efectos de procurar una aproximación al tema que se me ha asignado procederé a analizar brevemente, en primer término, el marco cultural, doctrinal y jurisprudencial contemporáneo. Luego haré mención al proceso de aproximación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (señalando algunos conceptos claves en la materia), mencionando la cuestión en la jurisprudencia uruguaya, para procurar por último algunas conclusiones generales.

2. MARCO CONCEPTUAL

Para abordar el tema con el enfoque mencionado es importante determinar en qué marco cultural (cultura jurídica) nos movemos, y en este sentido podemos establecer algunas bases seguras:

1. Los derechos humanos se han transformado en el centro del ordenamiento jurídico, en su médula. Hoy los derechos humanos son (a) el puerto de partida de todo razonamiento jurídico (ninguna interpretación es válida si no se determina previamente cuáles son los principios constitucionales y valores fundamentales en juego y se les pondera adecuadamente antes de pasar a la hermenéutica infraconstitucional); (b) compañero de ruta para el intérprete, pues durante su labor siempre se encontrará iluminado e identificado con dichos valores y derechos superiores; y (c) puerto de destino, ya que no es admisible una interpretación del orden jurídico infraconstitucional si las consecuencias de dicha hermenéutica no conciben con dichos valores y derechos fundamentales.

2. Los derechos humanos (o fundamentales o esenciales o como prefiera denominárseles) se encuentran establecidos en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta doble regulación conforma un «bloque de derechos humanos»¹ como se verá más adelante.

3. El concepto de Constitución también ha sido objeto de cambios importantes. Desde la noción de Constitución como «código político», acaso la primera noción relevante que se manejó, pasando por el reconocimiento de la Carta como norma jurídica (la de superior jerarquía) y llegando a la Constitución como «código de valores», se advierte:

A) Una profunda revisión del rol de la Constitución como «límite»² frente a los actos de los poderes constituidos (en especial a los poderes políticos), ya que no sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por ejemplo, si encuentra una prohibición expresa en la Carta, sino que el análisis de la constitucionalidad del ordenamiento inferior se amplía: (i) a los efectos de comprobar, entre otras cosas, que el legislador

¹ Martín RISSO FERRAND, *¿Qué es la Constitución?*, edit. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010. *Derecho Constitucional*, tomo I, segunda edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 2006. *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, segunda edición actualizada y ampliada, FCU, Montevideo, 2011.

² El indispensable rol contra mayoritario que debe presentar toda Constitución para ser tal. Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and policies*, third edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pág. 6 y ss.

cumpla con los fines y valores constitucionales desarrollando y permitiendo su desarrollo; (ii) para analizar la proporcionalidad de la legislación que limita derechos humanos (esto es, verificando la idoneidad y necesidad de la restricción y realizando un juicio de ponderación a los efectos de determinar la pertinencia constitucional de la restricción); y (iii) determinando que el juez avance en los derechos y valores implícitos en el ordenamiento controlando la compatibilidad de los actos inferiores conforme estos parámetros. O sea un cambio importante en el rol tradicional de la jurisdicción constitucional en América Latina.

B) También se aprecia un avance en el proceso de aceptación de la noción de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento inferior. Pese a que los fundamentos de la inconstitucionalidad de los actos inferiores (infracción directa o positiva a la Carta) son similares a los que corresponde utilizar para determinar la inconstitucionalidad de las omisiones del ordenamiento inferior, la aceptación de esta variante fue mucho más lenta³. Recién en el último cuarto del siglo XX aparecen normas constitucionales en Europa que refieren a este tema y en Latinoamérica, sin perjuicio de que el actual artículo 332 de la Constitución uruguaya proviene con similar texto de la reforma de 1942, el tema debe ser considerado en cierta forma como reciente. Han sido justamente los derechos humanos los que han dado decidido impulso a esta forma de defender la Constitución y han impulsado a los jueces, constitucionales y ordinarios, a recurrir a medidas novedosas para la protección de los derechos humanos ante la omisión o lentitud del gobierno. Sectores conservadores han visto este proceso con temor, como un avance del Poder Judicial sobre los poderes políticos (con invocaciones al mítico «gobierno de los jueces» y a un supuesto activismo judicial), sin advertir todavía que, cuando se defienden y tornan efectivos derechos humanos olvidados por el Ejecutivo y el Legislativo, lejos de ingresar en la arena política los jueces cumplen su tradicional función de defensa de los derechos vulnerados en estos casos por la omisión de los otros poderes.

C) Por último, y sin perjuicio de otros aspectos relevantes que no se mencionarán en este trabajo, el nuevo rol de Derecho Constitucional conduce inexorablemente, como lo advirtió hace mucho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a transformar la Constitución (y las normas de derechos fundamentales) en un elemento interesante primero, importante luego y hoy indispensable, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico

³ Me remito a *Derecho Constitucional*, tomo I, segunda edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo, 2006, pág. 237/264.

inferior, especialmente el orden legal. Esto es lo que se conoce como interpretación de la ley (en general del ordenamiento inferior) «desde» la Constitución (y «desde» los derechos humanos) de forma que la Carta se transforme en un instrumento vivo cuyos postulados y valores tienen desarrollos efectivos en sede jurisdiccional⁴. La Constitución aparece ahora impregnando todas las ramas del Derecho y apuntando a la plena realización de los postulados y principios constitucionales y de los derechos humanos en la realidad cotidiana⁵. La Carta y los derechos fundamentales no son cosas ajenas a la labor interpretativa diaria sino que influyen decididamente en la realidad, bajan a la vida cotidiana incidiendo en la misma.

Es interesante ver como de los tres apartados precedentes se desprende el doble carácter de los derechos fundamentales: (i) por un lado aparecen como límite o tope para la ley; y (ii) por otro lado aparecen con una fuerte vinculación con la ley ya que la eficacia de aquellos requiere muchas veces de la colaboración legislativa⁶. Como ha señalado Herbert KRUGER, «antes los derechos fundamentales solían valer en el ámbito de la ley [pero] hoy, las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos humanos»⁷. Esto da una idea de la magnitud y profundidad del cambio que aún resulta difícil de comprender plenamente.

4. Y por supuesto que la tradicional visión, exclusivamente normativa de la Constitución, se ha abierto a otras perspectivas. Hoy se analizan con especial dedicación los aspectos sociológicos, políticos o míticos de las constituciones, la incidencia que tienen en la materia elementos extra texto (como ser la jurisprudencia, la doctrina, el derecho internacional, las convicciones de las sociedades contemporáneas, etc.)⁸. Lo que permite

⁴ Me remito a *Derecho Constitucional ... cit.*, pp. 265/283.

⁵ Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación constitucional*, segunda edición, Lexis Nexos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 111, señala para alcanzar esto, para que las conductas traduzcan los mandatos constitucionales, se requiere: (i) conocer apropiadamente la Constitución; (ii) admitir sus postulados como valiosos y beneficiosos para la sociedad; (iii) adoptar la voluntad firme de hacerlos realidad y afrontar las dificultades que conlleva el propósito de conformarse a la Constitución.

⁶ Luis María DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Segunda Edición, Thomson – Civitas, España, 2005, pág. 99. También puede recordarse a Wolfgang HOFFMANN-RIEM, «La división de poderes como principio de ordenamiento», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pág. 214 y ss., cuando señala que el Estado a veces aparece como adversario de la libertad (de los derechos humanos) y otras veces como su garante.

⁷ Citado por José Luis CEA EGAÑA, «Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo» en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pág. 156.

⁸ No corresponde que me detenga en este tema, sino que me remito a lo dicho en *¿Qué es la Constitución?*, Ediciones Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010.

completar y advertir debidamente la complejidad del fenómeno constitucional.

5. La Constitución uruguaya, como la mayoría de las Constituciones latinoamericanas, establece en forma clara un Estado social y democrático de Derecho⁹, sin perjuicio de las variantes terminológicas que se empleen¹⁰. Sin ingresar en las distintas nociones de Estado de Derecho (formal y material o ideológico), sin detenerme en la evolución histórica de esta noción (partiendo del Estado liberal de Derecho en el siglo XVIII), y sin analizar tampoco la actual noción de Estado social y democrático de Derecho ni sus cuestionamientos, corresponde sí señalar que existe una suerte de unanimidad en cuanto a que en nuestros días el concepto de Estado de Derecho tiene tres grandes componentes básicos.

Mencionando dichos componentes en el orden inverso y hasta lógico en que generalmente se formulan, nos encontramos, en primer lugar con la idea de contralor. En su formulación histórica se hacía referencia en forma prácticamente exclusiva al principio de separación de poderes. Hoy la idea de control implica una trama de contralores verticales, horizontales, jurisdiccionales, administrativos, parlamentarios, etc. Este contralor de la actuación de los gobernantes es indispensable para concluir que estamos frente a un Estado de Derecho, y, además, se exige que el contralor sea efectivo y no utópico o semántico.

El segundo componente de la noción de Estado de Derecho en su sentido material consiste en la existencia de una regulación positiva de los derechos humanos y sus garantías. Nuevamente aparece aquí la exigencia de que la protección de estos derechos opere en la realidad. No basta con una poética declaración sino que la regulación tiene que llegar a la práctica en forma razonable.

Por último, el componente que lógicamente se señala en primer lugar cuando se analiza la noción de Estado de Derecho: la sujeción al Derecho. Este componente que constituye una clara reacción frente a la vieja idea de la «razón de Estado», en sus orígenes se explicaba muy simple-

⁹ Al respecto, Enrique ÁLVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Edit. Tecnos, Madrid, 1985, 2º ed.; Alberto B. BIANCHI, *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Edit. Ábaco, Buenos Aires, 1996; Germán J. BIDART CAMPOS, *Doctrina de Estado democrático*, Buenos Aires, 1961; Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1973; Allan R. BREWER CARÍAS, *Estado de Derecho y control judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Edit. Dykinson, Madrid, 1992.

¹⁰ Horacio CASSINELLI MUÑOZ, *Derecho Público*, FCU, Montevideo, 1995, p. 40; Aníbal CAGNONI, *Estudios sobre el Estado democrático y social de Derecho*, Edit. Barreiro y Ramos, Montevideo, 1989; Martín RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional ... cit.*, tomo I, capítulo XVII.

mente señalando que todos, incluyendo a todos los gobernantes sin excepción, debían actuar conforme a Derecho y nunca contra Derecho o fuera de Derecho.

Pero en la actualidad la sujeción al Derecho presenta un contenido preciso que se materializa a través del enunciado de una serie de principios básicos: (a) En primer lugar el principio de constitucionalidad que refiere entre otros aspectos a la sumisión de todos a la Constitución, y que conlleva, la aplicación directa de ésta y la no aplicación de los actos inferiores contrarios a la Carta. (b) En segundo término el principio de legalidad como límite a la actuación de la Administración y necesidad para que la misma se realice, y con materias reservadas a la ley por la Constitución. (c) También encontramos el principio de jerarquía, relativamente sencillo en el pasado, pero que hoy aparece con un mayor grado de dificultad producto del fenómeno de la descentralización territorial, del proceso de integración de Estados y la aparición del Derecho de la integración y del Derecho comunitario, entre otros factores. (d) Y todavía aparece el principio de publicidad de las normas (no pueden obligar las normas secretas) y el principio de no retroactividad de las normas sancionatorias, así como el principio de descentralización.

La consecuencia obvia, lógica e indispensable de los principios anteriormente señalados, no puede ser otra que el principio de responsabilidad. En efecto, establecidas las principales características de la sumisión de los gobernantes al Derecho ¿de qué serviría todo eso si no se acompañara de la consecuencia última: la responsabilidad de quienes violen lo anterior? Así aparece la responsabilidad en sus cuatro variantes básicas: responsabilidad política, responsabilidad penal, responsabilidad disciplinaria y por supuesto la responsabilidad civil del Estado y de sus funcionarios. En definitiva la responsabilidad aparece como el principio final que conforma la noción de sumisión al Derecho.

6. Y no menos importante es la evolución del Estado de Derecho, que partiendo de dos modelos diversos (el europeo o francés revolucionario¹¹ y

¹¹ El sistema francés se caracteriza, en apretada síntesis y en lo que interesa al tema en estudio, en reconocer un rol fundamental al Parlamento y un sitio de privilegio a la ley. Esta última como expresión de la «voluntad general» (J. Jacobo ROUSSEAU, *El contrato social*, edit. Aguilar, Buenos Aires, 1965, pp. 66 y ss.), claramente establecido en el artículo 6 de la Declaración de Derechos Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789: «la ley es la expresión de la voluntad general»¹²). Esta concepción preferente de la ley y del Parlamento se mantuvo en Francia casi inalterada hasta la reforma constitucional de 1958 en la que con la «zona de reserva reglamentaria» se amplió el rol e importancia de la rama ejecutiva. Otra característica del sistema europeo tradicional puede expresarse en una cierta rigidez en la concepción y aplicación del principio de separación de poderes y rol absolutamente secundario del Juez. MONTESQUIEU (Charles DE SECONDANT, *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Dere-

el estadounidense¹²) llega a una tercera variante que ha dado lugar a desarrollos tales como el llamado «neoconstitucionalismo» o al pasaje del Estado «legislativo» de Derecho al Estado «constitucional» de Derecho¹³.

7. En lo que refiere al método de interpretación de las disposiciones constitucionales, se utiliza en Uruguay el método lógico sistemático teleológico¹⁴, desarrollado por nuestra mejor doctrina como el idóneo para la

cho, vol. 5, Oxford University Press, México, 1999, pp. 108/110) señalaba que el poder de juzgar es casi nulo e invisible y que el poder judicial no debe recaer en una clase o profesión sino en personas salidas del pueblo y que ejerzan la función jurisdiccional en forma periódica (por poco tiempo) y no permanente. No hay que olvidar que recién en el año 2008 (doscientos cinco años después de *Marbury v. Madison*) se admitió en Francia el control de constitucionalidad sobre las leyes perfectas.

¹² El sistema norteamericano, dentro de las coordenadas del common law, y a diferencia del francés, no parte del primado de la ley sino que reconoce a los derechos fundamentales como anteriores al orden jurídico y por supuesto superiores a la ley. Lo anterior, entre otras cosas, condujo a que en los Estados Unidos se estableciera un principio de separación de poderes debidamente equilibrado y balanceado, en el que más que separación de poderes se produce una mezcla de poderes que se entrelazan y se controlan entre sí con competencias superpuestas (Manuel ARAGÓN, *Constitución y control del poder*, Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, pp. 21 a 28). Esto puede sintetizarse diciendo que (i) quien establece las reglas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; (ii) quien ejecuta las reglas generales no las establece ni resuelve los conflictos con autoridad de cosa juzgada; y (iii) quien resuelve los litigios con autoridad de cosa juzgada (y sólo para el caso en que dicta la sentencia), no establece las reglas generales ni las ejecuta. A su vez, y sin perjuicio de una opinión personal de 1780 en la Corte Suprema, del juez James Iredell (Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *Constitutional Law*, Fifteenth edition, Foundation Press, New York, New York, Thomson West, 2004, p. 15), fue en el año 1803, con el pronunciamiento judicial en el caso «*Marbury v. Madison*», cuando el Juez John Marshall, estableció la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzando la evolución jurisprudencial del «*judicial review*». Se aprecia la diferente orientación histórica y filosófica, así como el muy distinto rol de los jueces que hace que, en cierta forma, el sistema estadounidense aparezca históricamente como opuesto al francés que fue el más influyente en Europa.

¹³ El moderno Estado «constitucional» de Derecho, como señala Zagrebelski (Gustavo ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil*, séptima edición, Madrid, Trotta, 2007), se coloca a medio camino entre los dos modelos anteriores. La ley mantiene su rol principal, pero ahora junto con los valores y principios constitucionales (positivizados en las Constituciones), los derechos fundamentales, y todavía la realidad (el caso) enriquecida ahora con los valores y principios. Este tercer modelo implica cambios importantes en el rol del juez, que deja ser aquel nulo e invisible que sólo era la boca de la ley, para tener un rol central en el fenómeno jurídico.

¹⁴ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *La Constitución Nacional*, tomo I, y también nota publicada en *RDJA*, tomo 68, pp. 34 y ss.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ, «La apelación ante la Asamblea General», en *RDJA*, tomo 55, pp. 125 y 126. También el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de 15 de setiembre de 1995 (declaración conforme a la Disposición Especial y Transitoria «V» de la Constitución), referido a distintos aspectos de la seguridad

hermenéutica constitucional, pero complementando el mismo con (i) las pautas interpretativas propias de los derechos humanos; (ii) las nuevas perspectivas que aporta el Estado constitucional de Derecho; y (iii) reparando en aspectos interpretativos extra texto que surgen, básicamente, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado, de los antecedentes, tradiciones, etc. y de las opiniones contemporáneas¹⁵.

En lo que refiere a la forma de interpretación de las normas vinculadas a los derechos humanos, que encontramos pautas relativamente precisas, entre las que tiene una singular trascendencia el principio «*pro homine*» o pro persona. De este principio se extraen consecuencias importantes:

En primer lugar la directriz de preferencia que implica que entre las distintas posibilidades interpretativas de una norma, debe escogerse la más protectora para la persona. A juicio de Sagüés¹⁶ este patrón interpretativo tiene algunas especificaciones:

- Por un lado el principio *pro libertatis* que postula entender el precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego.
- El principio de protección a la víctima (o *pro victima*).

En segundo lugar encontramos la directriz de preferencia de normas, que implica que frente a diversas regulaciones se debe optar por aquella que sea más favorable para el derecho, con independencia de su nivel jerárquico.

Por supuesto que como señala el propio Sagüés, estos principios no pueden implicar una alteración del sistema de derechos humanos, y siempre corresponderá al jurista la realización de una interpretación armonizante, o un balanceo entre los distintos valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o bien, algunos derechos con las necesidades del bien común.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que el principio *pro homine* implica: (a) por un lado la interpretación extensiva de los derechos humanos; y (b) por otro la interpretación restrictiva de sus limitaciones¹⁷.

social. Eduardo ESTEVA GALLICCHIO, «La reforma parcial de la Constitución ratificada plebiscitariamente el 26 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 1º de mayo de 1990», en *Rev. U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo VII, núm. 38, pp. 203 y ss.; Martín RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional*, cit.

¹⁵ Me remito a «¿*Qué es la Constitución ... cit.*».

¹⁶ Néstor P. SAGÜÉS, *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLII, segunda época, Buenos Aires, 1998, pp. 6 y ss.

¹⁷ Opinión separada del Juez Rodolfo PIZA ESCALANTE, en Opinión Consultiva 5/85 de 13 de noviembre de 1985, solicitada por el Gobierno de Costa Rica respecto a la colegiación

Es importante destacar que los derechos humanos siempre tienen una fuerza interpretativa expansiva¹⁸, se interpretan en la forma más favorable a la maximalización del contenido del derecho¹⁹. En forma armónica con esto la interpretación de las normas que establecen excepciones a los derechos humanos o que autorizan su limitación, serán siempre de interpretación estricta, y nunca será válida una interpretación analógica o a contrario sensu de una norma que establece una excepción a la normativa de los derechos humanos.

3. APROXIMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin perjuicio de los antecedentes históricos es claro que a partir de la Segunda Guerra Mundial comienza a desarrollarse lo que hoy se conoce sin problemas como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al principio dentro del Derecho Internacional Público, rápidamente fue perfilando sus propios matices y definiendo sus propias pautas y principios interpretativos, lo que condujo a la separación del Derecho Internacional Público transformándose en una rama autónoma.

A) Separación

En un principio las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos siguieron el mismo camino que las relaciones entre el orden interno y el orden internacional. Esto es, se buscaba resolver las tensiones y contradicciones otorgando prevalencia a una de las dos ramas. Para unos primaba el Derecho interno en caso de contradicción (esgrimando normalmente la noción de soberanía) y para otros primaban las normas internacionales por fundamentos similares a los que se utilizan en el Derecho Internacional Público.

obligatoria de periodistas. Ver también: Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 115.

¹⁸ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los ... cit.*, pp. 83 y ss., señala que el derecho debe ser siempre interpretado del modo más amplio posible. También: Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, «Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía», en *Rev. U de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, N° 67-72, pp. 594 y ss.

¹⁹ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La dogmática de los ... cit.*, pp. 82 y ss. Y sentencia del Tribunal Constitucional español N° 119 de 1990.

B) Aproximación

Pero en materia de derechos humanos la tensión orden interno e internacional fue más difícil de sostener y rápidamente comenzó a desvanecerse en un proceso interesante.

En un primer momento mediante la utilización de disposiciones constitucionales que permitían reconocer rango constitucional a derechos y garantías no mencionados expresamente en el texto constitucional. En este camino debe mencionarse:

- a. La enmienda novena a la Constitución de los Estados Unidos América, en vigor desde 1791, expresa que: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».
- b. El artículo 33 de la Constitución argentina de 1860 prevé que: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».
- c. El actual artículo 72 de la Constitución uruguaya, en vigor desde 1918, dispone que: «La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluyen los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».
- d. Si nos acercamos a nuestros tiempos se aprecia que esta tendencia se ha incrementado y hoy se puede encontrar el caso de la Constitución chilena que expresamente establece que «el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona humana» (artículo 5). Otras Constituciones hacen referencia a los derechos no enunciados expresamente pero que derivan de la naturaleza de la persona (artículo 19 de la Constitución de Ecuador de 1998), o que son inherentes a ella (artículo 22 de la Constitución de Venezuela de 1999, artículo 94 de la Carta colombiana, artículo 45 de la Constitución de Paraguay, etc.), o a la prevalencia de los derechos humanos (artículo 4 de la Constitución de Brasil de 1988). El artículo 74 de la Constitución de Costa Rica hace referencia a los derechos no establecidos a texto expreso pero que surgen del principio cristiano de justicia social.

Estas normas (de los siglos XVIII, XIX y XX), al abrir (o si se prefiere al no establecer un sistema constitucional cerrado de derecho humanos) la

regulación a otros derechos, que tendrían igual rango pese a no estar incluidos en el texto, fueron muy útiles para permitir la incorporación al derecho constitucional interno, entre otros, de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pero sin texto expreso en la Carta.

C) Constitucionalización

Luego apareció una segunda modalidad que, reconociendo la existencia y trascendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, procedió a su «constitucionalización».

En este sentido, el considerable desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la aparición de las jurisdicciones supranacionales, y el recíproco proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y la influencia de éste sobre el Derecho Constitucional, no ha pasado desapercibido en las Constituciones latinoamericanas. Y quizás el ejemplo más interesante sea el de la Constitución argentina vigente que realiza en su artículo 75, en lo que refiere a derechos humanos, una triple distinción:

- (a) En primer término, los documentos internacionales que expresamente se enumeran en el párrafo 2º del numeral 22 del artículo mencionado²⁰, tienen rango constitucional.
- (b) Un segundo grupo está compuesto por otros tratados relativos a los derechos humanos, los que si fueran ratificados por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, también tendrán rango constitucional.
- (c) En tercer lugar encontramos otros tratados referidos a los derechos humanos que ratificados por el Congreso no alcancen la mayoría necesaria para que se les reconozca rango constitucional. En ese caso, los tratados tendrán jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, según resulta de las disposiciones constitucionales debidamente armonizadas²¹.

²⁰ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Declaración Universal de Derechos Humanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹ Al respecto ver Néstor SAGÜÉS, «Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994», en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, N° 63-

Este tipo de soluciones modernas resultan por demás interesantes a los efectos de suplir olvidos o completar la regulación constitucional de los derechos humanos, y a su vez, debe tenerse presente que, por ejemplo en el caso argentino, coexiste con las soluciones tradicionales o sea el artículo 33 anteriormente citado.

Pero además del caso argentino, encontramos soluciones similares en las Constituciones de Colombia (artículo 93), Ecuador²² (artículo 17), etc. Y dentro de este elenco de Constituciones debe destacarse la solución extrema de Guatemala, que en el artículo 46 de su Constitución dispone que «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».

En esta rápida referencia al contexto latinoamericano es interesante ver que estas soluciones constitucionales sumadas al avance del derecho internacional de los derechos humanos, han permitido que en muchos países, sin necesidad de incorporar disposiciones constitucionales referidas a los tratados, pactos y declaraciones, se postule el rango constitucional de todos los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos internacionales, basándose, exclusivamente, en las soluciones tradicionales de que los derechos son inherentes a la personalidad humana²³.

Y por supuesto que esta tendencia clara de las Constituciones, es confirmada por el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que dispone que «nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración». A su vez, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), prevé, bajo el título de «normas de interpretación», que:

66, pp. 228 y ss. Adolfo Gabino ZIULU, «El principio de supremacía y los tratados internacionales después de la reforma constitucional argentina de 1994», en *Rev. U. de Derecho Constitucional y Político*, tomo XII, N° 72, pp. 733 y ss. Juan Antonio TRAVIESO, «La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre el derecho internacional, derecho interno y derechos humanos», en *Rev. La Ley*, año 1994, pp. 1.318 y ss.

²² Constitución anterior a la vigente.

²³ Por ejemplo en Uruguay: Juan P. CAJARVILLE PELUFFO, «Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya», en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996. También Martín RISSO FERRAND, «Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y el Artículo 72 de la Constitución», en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Editorial Universidad, Montevideo. Y también en «La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución Uruguaya», en *Derechos Humanos*, Edit. Amalio Fernández, Montevideo, 1999, pp. 61 y ss.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

D) Fusión

Pero prescindiendo incluso de la «constitucionalización», recientemente, ha comenzado a advertirse, como señala Nogueira, que existe «en América Latina [...] una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana»²⁴.

En cuanto a esta incuestionable relación entre el Derecho Constitucional y la regulación internacional de los derechos humanos debe tenerse presente con Bidart Campos que esto conduce a afirmar que «la internacionalización de numerosos contenidos del derecho constitucional es, si-

²⁴ Humberto NOGUEIRA, «Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia», en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 9, N° 1, 2003, p. 422. Del mismo autor: *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 31 y ss. En el mismo sentido José Luis CEA EGAÑA, «Una visión de la teoría neo constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 57. Bernard CHANTEBOUT, también habla del bloque de constitucionalidad pero lo integra por la Constitución, la declaración de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y las leyes orgánicas, (*Droit constitutionnel et science politique*, 16 edición, Edit. Armand Colin, París, agosto de 1999, p. 606).

multáneamente, una constitucionalización del derecho internacional. Internacionalizar contenidos del derecho constitucional quizá signifique para algunos una transferencia sustractora de materias y cuestiones clásicamente pertenecientes a la jurisdicción interna (a lo mejor, hasta exclusivas en épocas no demasiado lejanas). Pero no es así; constitucionalizar contenidos del derecho internacional es hospedarlos en la jurisdicción interna para asignar concurrencia competencial entre ésta y la jurisdicción internacional. Y acá luce la convergencia aditiva y la intersección solidaria. [...] Con el derecho internacional, la semejanza de los planteos nos lleva, personalmente, a una cuestión mucho más clara: cuando el Estado incorpora tratados de derechos humanos a su ordenamiento interno, las normas internacionales conservan su fuente y su naturaleza, aun cuando haya normas en la Constitución que citen taxativamente a algunos tratados, o que aludan globalmente a todos, o que les confieran prelación sobre el derecho interno, o les asignen jerarquía constitucional o solamente supralegal, o acaso no definan explícitamente un orden prelatorio, y hasta cuando se declare que forman parte del texto de la Constitución»²⁵.

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 derivado²⁶.

²⁵ Germán BIDART CAMPOS, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 468-471.

²⁶ También en Europa se encuentran opiniones como la de Favoreu en cuanto a que «para definir al derecho constitucional formal hay que hacerlo en forma jerárquica y no de otro modo. El concepto de «supraconstitucionalidad» ha sido mencionado en reiteradas oportunidades en el debate francés contemporáneo. No obstante, surge una posible confusión, al menos a nivel interno, cuando se vincula dicho concepto al derecho natural o a normas extrajurídicas. Sin embargo, no hay nada que impida la existencia de normas «superiores» a la Constitución y por tanto que no integren el sistema jurídico pertinente; en este caso, no se trata de normas de un sistema que prevalezca a la Constitución formal, sino más bien de normas dirigidas al sistema como tal. Sólo serán superiores en forma indirecta y no en el sentido técnico de una superioridad jerárquica. Lo que resulta conceptualmente imposible, es que el mismo sistema cuente con una constitución formal y con otra estructura por encima de ésta. [...] Como veremos más adelante, puede perfectamente coexistir, en un determinado sistema, una pluralidad de niveles de derecho constitucional formal jerárquicamente ordenados, pero entonces aquí se trataría de varias formas de derecho constitucional formal. Para destacar claramente que no se trata de normas supra o sea extrajurídicas, a dicho fenómeno le llamaremos «constitucionalidad superior» [...] El derecho internacional, siendo un sistema específico de derecho supranacional, puede de

Como señala Nogueira, en la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de la persona humana ellos limitan la soberanía o potestad estatal, y no puede invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, y no es invocable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad²⁷.

A esa altura no se puede dejar de coincidir con Gordillo en que «ninguna norma nacional o carencia de ella puede hoy en día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura, el asesinato, el genocidio, la persecución racial y así sucesivamente. Por ello tampoco puede «jurídicamente» argüirse un «derecho» interno, así sea constitucional, para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquiera otras garantías, derechos y libertades públicas mínimos de cada individuo en su propio país». «El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano interno»²⁸.

Häberle ha destacado lo anterior señalando que «el Estado constitucional se transforma al igual que lo hace hoy comúnmente el Derecho internacional. El Derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es

este modo incidir en el derecho nacional y por tanto en la Constitución, pero no se trata de supraconstitucionalidad como lo entienden los promotores de la corriente que afirma la existencia de algo superior a la Constitución en el derecho interno mismo. En realidad, se trata sencillamente del viejo concepto del derecho natural que existiría sin mostrarlo como tal. Nos consta que resulta imposible ya que esto llevaría a deducir la normativa de lo específico. Por consiguiente, la única vía que permite sostener esta conclusión consiste en negar la especificidad semántica de la normativa. Pero entonces, tampoco podremos reclamar normatividad para las fundamentadas reglas del derecho natural. Asimismo, la teoría de la supraconstitucionalidad se enmarca dentro de un proceso de recuperación del jusnaturalismo evitando cuidadosamente valerse del mismo en forma explícita. Se solapa detrás de apariencias de terminología jurídica de las reivindicaciones políticas o morales». Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, segunda edición, Edition Dalloz, París, 1999., pp. 120 y ss.

²⁷ Humberto NOGUEIRA, *Los derechos ... cit.*, p. 426.

²⁸ Agustín GORDILLO, Guillermo GORDO, Adelina LOIANNI, Guillermo FLAX, Marcelo LÓPEZ ALFONSÍN, Carlos E., TAMBUSSI, Marcelo FERREIRA y María Fernanda PÉREZ SOLLA, *Derechos Humanos*, Cuarta edición, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, capítulo III, p. 11. Nos aproximamos así al Estado constitucional «cooperativo» del que habla HÄBERLE (*Pluralismo y constitución*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 258 y ss.) para señalar un modelo constitucional occidental que se manifiesta como un «ideal relativo» dentro de la comunidad de Derecho Internacional, de forma de responder a sus propias tareas de la forma más elástica posible tanto en el presente como en el futuro.

decir, que el Derecho internacional no termina allí donde empieza el Derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de Derecho son tan intensas que sólo pueden producir su «complementariedad» respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de «Derecho común de cooperación». El Estado «social cooperativo» no conoce la alternativa del llamado «primado» del Derecho internacional ni tampoco la del Derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del Derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del Derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible [...]»²⁹.

Surge de lo anterior una clara afectación del tradicional paradigma de soberanía nacional que se retrae y deja de ser plenamente invocable cuando se trata de derechos humanos. O si se prefiere, y como con precisión señala la Constitución chilena, la propia soberanía aparece como subordinada a la noción de derechos humanos.

Lo expresado no sólo está afectando la tradicional noción de soberanía sino también, como señala Sagüés³⁰, es un duro golpe a la pirámide kelseniana. En efecto, imaginemos el caso frecuente de que un mismo derecho humano sea objeto de diversa regulación por la Constitución de un Estado y por uno o varios instrumentos internacionales referidos a derechos humanos. Esta diversidad normativa referida a los derechos humanos no se resolverá conforme al principio de jerarquía ni conforme el principio de competencia, sino que el Juez o el intérprete en general deberá optar y recurrir a la norma que mejor proteja el derecho humano en juego, independientemente de cuál sea su fuente. Esto se fundamentará en el principio «*pro hómine*», en la directriz de «preferencia de normas», en una reafirmación del principio «*favor libertatis*», etc. Pero el resultado será el mencionado más allá del o de los fundamentos que se den a la problemática.

E) Bloque

Pero corresponde detenerse más en la noción de «bloque» que ha sido utilizada en el pasado con distintos sentidos. Así encontramos «bloques de constitucionalidad», «bloques constitucionales», «bloque constitucional de derechos humanos», «bloque de derechos humanos», etc.

²⁹ Peter HÄBERLE, *Pluralismo y constitución ... cit.*, pp. 263 y ss.

³⁰ Néstor P. SAGÜÉS. «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de *Anales*, Año XLII, segunda época, N° 36, Buenos Aires, 1998, pp. 8 y ss.

La expresión «bloque de constitucionalidad»³¹ tiene un origen francés y en general³² se atribuye su nacimiento a Louis Favoreu quien la utilizó para explicar una decisión del Consejo Constitucional francés en la década del 70³³. Este autor, sostenía en 1999 que el bloque tiene tres componentes preponderantes y uno marginal. Dentro de los preponderantes aparece el texto de la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946. Como elemento marginal menciona los principios fundamentales de las leyes de la República³⁴, declarados tales por el Consejo Constitucional³⁵. Agregaba Favoreu que no están incluidas en el bloque los reglamentos de las cámaras, las normas internacionales y los principios generales de derecho³⁶.

Partiendo de esta noción, podemos encontrar distintas acepciones de esta expresión en Italia y especialmente en España se han desarrollado varios conceptos de «bloque de constitucionalidad»: (a) uno coincidente con la noción de Constitución en sentido material; (b) otro para referir al conjunto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de una norma específica; (c) otro que refiere a un complejo normativo cuyo objetivo es la determinación aceptable de normas o parámetros susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Esta pluralidad de contenidos, sin dudas problemática, ha llevado a algunos a sugerir la conveniencia de diferenciar entre «bloque constitucional» y «bloque de constitucionalidad».

En América Latina, y sin perjuicio de algunos autores que siguen los conceptos anteriores, es frecuente encontrar otros sentidos para referir al bloque. Bidart Campos, entre otros, han preferido reservar la expresión «bloque de constitucionalidad» para referir al conjunto normativo integrado por la Constitución y los tratados internacionales que no forman parte de la Constitución (y el derecho no escrito). El complemento se produce con disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales que

³¹ Que encuentra sus orígenes en las reflexiones sobre la supralegalidad de Maurice HAURIUO (*Principios de Derecho Público y Constitucional*, Edit. Comares, Granada, 2003, pp. 335 y ss.).

³² También se atribuye su origen a Claude EMERI.

³³ Edgar CARPIO MARCOS, «Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes», pp. 2 y 3 (http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=edgar_carpio_marcos). En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, N° 4, julio – diciembre 2005, México.

³⁴ Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX, Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, segunda edición, Edition Dalloz, París, 1999, pp. 150/153.

³⁵ Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 16 edición, Edit. Armand Colin, París, agosto de 1999, p. 606.

³⁶ Esto constituye un matiz importante para comparar con las nociones latinoamericanas.

no se encuentran en el texto constitucional³⁷. Esta es, por su parte, la solución de la Constitución argentina desde 1994.

También en 1995, el Tribunal Constitucional colombiano entendió que «[...] el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado constitucional, son utilizadas como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional [...]». Por esta vía se equipara el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁸.

Nogueira proporciona un matiz importante y nos habla de «bloque de derechos»³⁹ y «bloque constitucional de los derechos fundamentales»⁴⁰, para referir al «conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de «ius cogens») y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal «c» de la CADH, todos los cuales, en el orden constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo específica categóricamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución chilena vigente».

El «bloque» supera la noción de «constitucionalización» en tanto es más protectora de los derechos humanos. En efecto, la «constitucionalización» implica dar la llave del tema de los derechos humanos al poder constituyente estatal, en la medida que podrá, por acto expreso, apartarse de dicha noción y restringir los derechos humanos. La noción del «bloque», en cambio, en tanto cada norma mantiene su fuente normativa original, impide que el constituyente limite las normas internacionales, de la misma forma que el legislador internacional no podrá restringir las normas internas. Regido por la directriz de preferencia de normas, los órdenes

³⁷ Germán J. BIDART CAMPOS, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 264.

³⁸ Juan Carlos HITTERS y Oscar L. FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, volumen I, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 399. Estos autores citan la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia C-225/95. Y agregan que el bloque se compone de normas de diversas jerarquía que sirven como parámetro para el control de constitucionalidad de la legislación, destacando que es la solución argentina desde 1994.

³⁹ Humberto NOGUEIRA, «Los derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia», en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 9, N° 1, 2003, p. 422.

⁴⁰ Humberto NOGUEIRA, *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2007, pp. 31 y ss.

conviven, se complementan y se controlan recíprocamente, asegurando estándares mínimos de protección de los derechos humanos.

4. ¿LO ANTERIOR ES ADMISIBLE EN EL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL URUGUAYO?

Cabe preguntarse (es más, la pregunta resulta imprescindible) si todo lo dicho en cuanto a los cambios en Derecho Constitucional y en materia de derechos humanos resultan compatibles con las previsiones constitucionales uruguayas que provienen en lo que a este tema interesa del año 1967 (o sea son anteriores a todos estos cambios).

Si bien no corresponde que me detenga en este punto por ser otro el objeto del presente trabajo, sí es conveniente mencionar algunos elementos que permiten responder la interrogante mencionada. A saber:

A) Debe tenerse presente que la conclusión a la que se llegue en este punto estará directamente relacionada con el enfoque con el que el intérprete encare el problema. Esto, que algunos han llamado preinterpretación, refiere a algo previo, que no surge de la norma a interpretar, sino que responde a los paradigmas, presupuestos y cultura previa al acto a interpretar con que llega el intérprete. La persona que realiza la interpretación, por más que lo intente, nunca es plenamente neutral sino que siempre iniciará la labor hermenéutica con algo previo y ajeno a la norma. En este sentido podemos diferenciar al menos dos posibles enfoques del tema:

- a. Si se parte como hace algunas décadas de una noción extrema de soberanía, conforme la cual el titular de la soberanía (la Nación según nuestra Constitución) no tiene otros límites que los que surgen de la Carta, es evidente que, en tanto se respeten los procedimientos formales de reforma del artículo 331, se podrá modificar cualquier disposición en cualquier sentido que el soberano entienda pertinente. Con este enfoque tradicional, la respuesta sería negativa y la interpretación de la Constitución se mantendría dentro de los parámetros tradicionales en nuestro país.
- b. Pero distinta será la respuesta si se parte de ciertos datos que a esta altura parecen ser incontrastables y que no deben ser obviados. Por ejemplo: ¿Sería legítima y aceptable una reforma constitucional que, cumpliendo con todos los requisitos constitucionales que se establecen para la reforma de la Constitución, reconociera menos derechos a las mujeres que a los hombres? ¿Sería legítima y aceptable una reforma constitucional, totalmente regular desde el punto de vista formal, que permita someter a la esclavitud a cier-

tos grupos minoritarios? ¿Deberíamos aceptar como legítima una norma constitucional que autorice la tortura de los individuos? ¿La noción tradicional de soberanía sirve hoy para aceptar esto? Las respuestas negativas a todas estas interrogantes ponen de manifiesto la crisis del concepto tradicional de soberanía y que el mismo no puede utilizarse como excusa para el desconocimiento de los derechos humanos. El entorno cultural latinoamericano y occidental ha cambiado y esto no puede pasar desapercibido para el intérprete. Y el cambio es muy profundo. Asimismo no puede pretenderse en materia de derechos humanos que el Derecho Internacional no tenga una importancia decisiva a la hora de interpretar la Constitución y menos que pueda prescindirse del orden internacional. Prescindir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy es tan injustificable como erróneo, y es evidente que su uso cambia todo el entorno interpretativo tradicional. Con este enfoque moderno, y fundamentalmente más ético y más protector de los derechos humanos, se caminará en un sentido totalmente distinto al del enfoque anterior.

B) Con las precisiones anteriores, y con el enfoque correcto que surge de las mismas, se aprecia que la pregunta formulada no puede responderse como en el pasado sólo con base en el artículo 4 y 82 inciso 2 de la Constitución. Por el contrario muchas son las normas constitucionales que permiten (y conducen) a admitir una noción de soberanía más limitada y compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A mero título de ejemplo:

- (i) Del artículo 7 y siguientes surge una clara vocación jusnaturalista de la Carta y, sin ingresar a discutir el jusnaturalismo en el ámbito doctrinal ni sus variantes modernas, es un dato que para la Constitución uruguaya los derechos humanos no son «creados» por ella misma sino que son anteriores a la norma constitucional (ésta sólo se limita a reconocerlos), solución que coincide con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con la mayoría de las Constituciones americanas. ¿Cómo el artículo 331 podría autorizar la modificación de algo que para la Constitución está por encima de ella? ¿De algo que es anterior al propio ordenamiento jurídico? Los artículos 4, 82 y 331 no pueden ser interpretados como autorizando lo anterior.
- (ii) Del artículo 72 surge con mucha más fuerza lo anterior y se abre la puerta para el ingreso de todos los derechos humanos de fuente internacional. ¿Puede el artículo 331 autorizar la modificación de algo que es inherente a la persona humana? La interpretación

- contextual de los artículos 4, 82 y 331, con base en los artículos 7 y 72, conduce a dar una respuesta negativa a dicha pregunta.
- (iii) No puede pensarse, hoy, en el siglo XXI, que, invocando una radical, extrema y anticuada noción de soberanía, nuestro país (cuya Constitución reconoce el Derecho Internacional Público) pueda apartarse de todos los compromisos internacionales asumidos y, en oposición a normas internacionales claras y en franca violación de lo que es el pensamiento de la comunidad internacional sobre lo que los derechos humanos son, pueda desconocer los derechos humanos o alguno de ellos.

En definitiva, una correcta interpretación de la Constitución uruguaya nos demuestra que ella no impide en forma alguna la admisión de las nuevas concepciones y la adecuada forma de compatibilizar el derecho interno con las normas internacionales de los derechos humanos. Es más, se impone claramente el enfoque moderno de estos temas en forma ineludible para el intérprete.

5. AVANCES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA URUGUAYA

Si bien no podría considerarse a la jurisprudencia uruguaya como de avanzada en lo que refiere al moderno rol del juez constitucional, podemos encontrar sentencias excepcionalmente importantes, como la N° 365, de 19 de octubre de 2009⁴¹, en la que la Suprema Corte de Justicia, entre otras cosas, estableció que:

- a) Se acepta sin duda de tipo alguno la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del ámbito interno.
- b) Es incuestionable que el rango normativo de las disposiciones internacionales referidas a los derechos humanos es supralegal, similar a la Constitución.
- c) La aceptación de la noción del «bloque de los derechos fundamentales» coloca a la Corte entre los supremos tribunales (o cortes constitucionales) con posiciones más avanzadas y protectoras de los derechos humanos del continente.
- d) El bloque, reconocido ahora jurisprudencialmente, puede definirse, con base en el individuo, como el conjunto de derechos de la

⁴¹ Al respecto: Martín RISSO FERRAND, «Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, año 2010.

persona asegurados por fuente constitucional o por fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho consuetudinario y los principios de «ius cogens») y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal «c» de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 72 de la Constitución uruguaya. Y también puede definirse el bloque, desde el punto de vista normativo, como el conjunto de disposiciones constitucionales e internacionales referidas a los derechos fundamentales, sin perjuicio de la aceptación de los derechos implícitos.

- e) Dentro de este bloque las normas mantienen su fuente original (constitucional o internacional) y las diferencias normativas se superan con la aplicación de la «directriz de preferencia de normas»⁴².
- f) Se reconoce la necesidad de considerar en estos temas los criterios y parámetros internacionales (no sólo de la Corte Interamericana sino también de la Comisión), así como la incidencia de la opinión de la comunidad internacional, a través de la jurisprudencia extranjera.

En definitiva, y sin duda alguna, esta sentencia de la Suprema Corte de Justicia aparece con una importancia máxima y como una muy buena señal de hacia donde debe ir la evolución de la jurisprudencia nacional.

6. CONCLUSIÓN

A modo de síntesis puede señalarse que:

1. Los cambios en la cultura política y jurídica y la aparición de nuevos paradigmas se producen con un ritmo de vértigo evidente.
2. Los derechos humanos son el centro incuestionable del derecho contemporáneo.
3. El proceso de aproximación entre el orden interno y el internacional, en lo que refiere a los derechos humanos, ha llegado a instan-

⁴² Conforme esta directriz interpretativa, cuando el intérprete se encuentra con dos normas que regulan en forma diversa un derecho humano, debe resolver la contradicción aplicando la norma más favorable al derecho humano independientemente de su fuente normativa o jerarquía.

cias de fusión y complemento entre ambos sistemas y no de separación o conflicto.

4. El bloque de los derechos humanos, para referir a un conjunto normativo compuesto por normas constitucionales e internacionales, que sin perder sus respectivas fuentes normativas, regulan los derechos humanos rigiéndose por la directriz de preferencia de normas, aparece como el desarrollo más moderno y más protector de los derechos humanos.
5. ¿Qué vendrá mañana? Obviamente no podemos saberlo, pero debemos estar atentos a que el cambio futuro implique una evolución en el reconocimiento y protección de los derechos humanos y una involución. Que sea lo primero y no lo segundo es responsabilidad de todos.