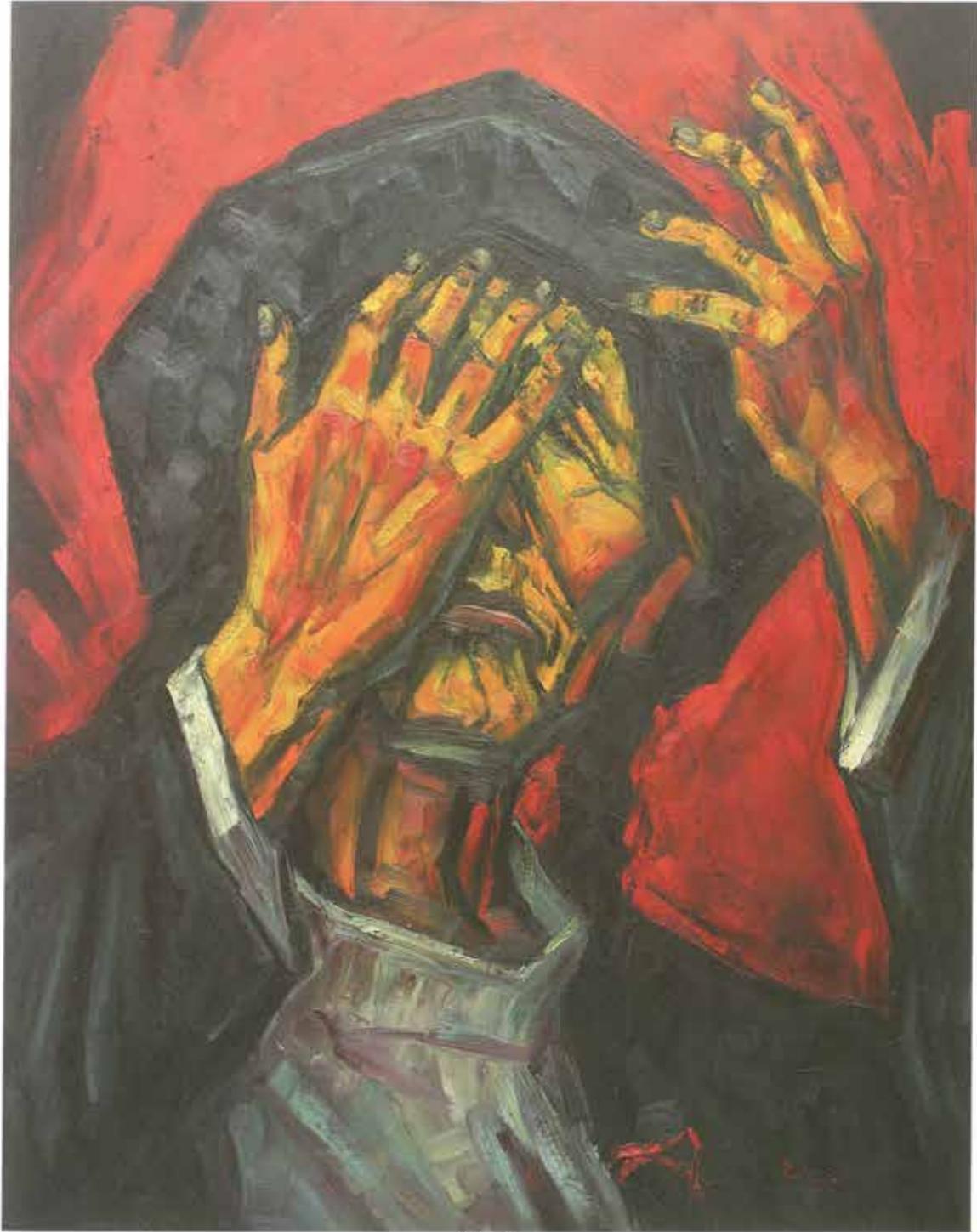


*A sesenta y dos años de la Declaración  
Universal de Derechos Humanos*

Pablo Luis Manili \*

\* Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Una versión anterior de este trabajo fue publicada en *La Ley*, Buenos Aires, diciembre 10 de 2008. [www.pablomanili.com.ar](http://www.pablomanili.com.ar)

Lex



*Bruno Portugal*

*"Mujer"*

A sesenta y dos años de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948 (en adelante «DUDH»), conviene formular algunas reflexiones sobre su aporte histórico, su valor como fuente de derecho internacional y de derecho constitucional.

La DUDH se presenta, a los intérpretes, como una obra de arte de grandes dimensiones, en el sentido de que cuanto uno más se aleja de ella para apreciarla, mejor la ve. En efecto, cuanto más tiempo pasa desde su adopción, mayores aparecen sus méritos y sus aportes para el progreso de la humanidad toda.

La Carta de las Naciones Unidas, del 26 de Junio de 1945, menciona como uno de los propósitos perseguidos con su creación, el «realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos» (art. 1 inc. 3) y dentro de los fines de tal cooperación se refiere a promover «*el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades*» (art. 55 inc. c). Inmediatamente después de su adopción, comenzó en el seno de la organización una ingente tarea para materializar ese propósito contenido en la Carta<sup>1</sup>: sólo tres años de labor bastaron a la comisión dirigida por René Cassin para la difícil tarea de redactar un texto lo suficientemente amplio para ser aprobado por la mayoría de los miembros de la organización y lo suficientemente concreto para no ser interpretado como una expresión de deseos sino como una norma jurídica. El resultado fue la declaración bajo análisis, calificada por el propio Cassin como «*un elemento del patrimonio común a todos los pueblos y a todas las generaciones*».<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Resulta interesante la división en etapas que realiza Boutros-Ghali en Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos 1945-1995. New York: Naciones Unidas, 1995: a) De la Carta a la Declaración (1945-48), b) De la Declaración a los Pactos (1949-66), c) De los Pactos a la Conferencia Mundial (1967-93) y d) De la Conferencia en adelante.

<sup>2</sup> Cf. MONCAYO, Guillermo. «Aspectos Actuales de la Protección Internacional de los Derechos Humanos», Revista Jurídica de Buenos Aires, 1985, pág. 89 y ss.

Existe un antecedente que fue útil a la tarea de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada, en abril de 1948, en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá, por estados que guardaban entre sí coincidencias históricas, ideológicas y jurídicas. Piénsese que, en el ámbito de la ONU, el desafío era conciliar filosofías, tradiciones, valores morales y religiosos y sistemas jurídicos tan diversos que la tarea de hallar comunes denominadores para luego volcarlos en normas jurídicas aceptables para todos era harto dificultosa; no obstante ello, el éxito logrado está a la vista, ya que, a sesenta años de su promulgación, la DUDH sigue teniendo vigencia y su fuerza vinculante resulta indiscutible.<sup>3</sup>

## 1. Evolución posterior a la Declaración

Para superar las dudas que surgieron respecto de su obligatoriedad (a las cuales nos referiremos más abajo), se vislumbraba ya, desde 1948, la necesidad de reforzar la normativa de cara al futuro. Pero fue un avance gradual el que permitió hacerlo gracias a los aportes de:

a) La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que, si bien fue adoptada un día antes de la DUDH, vino a llenar el vacío normativo con que se encontraron los encargados de juzgar a los jerarcas del eje en los juicios de Nuremberg y Tokio, luego de finalizada la Segunda Guerra. En ella, los Estados se comprometieron a «*adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de (sus) disposiciones y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio*» (art. V). Pero más importante aún que la propia convención fue la interpretación que de ella realizó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de mayo de 1951 al dictaminar que dicha convención contenía «*principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los estados al margen incluso de todo vínculo convencional*».<sup>4</sup>

b) Las Convenciones de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario, del 12 de Agosto de 1949, que protegen los derechos de las personas que no toman parte en las hostilidades (art. 3 común a las cuatro convenciones<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> Cf. BUERGENTHAL, Thomas, et. al. *Manual Internacional de Derechos Humanos*. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1990, pág. 22 y ss. En el mismo sentido: CASCADO TRINDADE, Antonio. «Significance and Impact of the Universal Declaration at the World and Regional Levels», *Recueil des Cours de l'Institut International des Droits de l'Homme*, XXIX Session, Estrasburgo, 1998, pág. 101 y ss; VAN BOVEN, Theodor. «State of Advancement of Rights Recognized by the Universal Declaration», *Recueil des Cours de l'Institut International des Droits de l'Homme*, XXIX Session, Estrasburgo, 1998, pág. 139 y ss.

<sup>4</sup> CIJ. *Recueil*. 1951, pág. 23.

<sup>5</sup> Para un estudio más profundo de dichas convenciones y su entorno histórico puede verse GUTIÉRREZ POSSE, Hor-tensia D. *Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva*. Buenos Aires: Zavallá, 1995, pág. 345 y ss.

c) La Convención Europea de Derechos Humanos, celebrada en Roma el 4 de Noviembre de 1950, que va un paso más adelante de la declaración en cuanto define como propósito el «*tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal*» (Preámbulo), y además crea un sistema internacional de control.

Esos hitos en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (los dos primeros de alcance parcial en cuanto a la materia regulada y el tercero de alcance parcial en cuanto a los sujetos obligados) fueron tejiendo la conciencia jurídica universal creando el marco político necesario para consagrar la protección internacional de esos derechos por medio de tratados. Esto se materializó en 1966 a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que vinieron a dar mayor precisión a los términos de la DUDH y a codificar, en tratados internacionales (fuentes incuestionables de derechos y obligaciones) la mayoría de sus normas. No fue sencillo reunir las treinta y cinco ratificaciones necesarias para su entrada en vigor: hubo que aguardar diez años para lograrlo<sup>6</sup>. Justamente, para facilitar las adhesiones a los pactos<sup>7</sup>, fue que se dividieron los derechos en uno y otro, permitiendo así a los distintos Estados, según su grado de desarrollo y su voluntad, la ratificación de uno o de otro pacto en forma independiente<sup>8</sup>, dado que nuevamente se debió enfrentar la difícil tarea de compatibilizar la diversidad para redactar las normas.<sup>9</sup>

Es decir que los pactos de 1966 implicaron un importante avance en cuanto a consagrar en tratados el contenido de la DUDH; especificar, explicitar y definir los derechos contenidos en ella; ampliar la lista de tales derechos, y crear órganos de control del respeto de los derechos humanos. Ello fue complementado por la adopción de las Resoluciones N° 1235 de 1967, y 1503 de 1970<sup>10</sup> del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que instituyeron mecanismos extra convencionales de protección de los Derechos Humanos, los cuales, por

<sup>6</sup> Curiosamente, los pactos de referencia entraron en vigor el 23 de marzo de 1976, un día antes del oprobioso golpe de Estado del que se derivaron las violaciones masivas a los derechos humanos más graves de la historia argentina.

<sup>7</sup> Además de ese propósito, existía, como trasfondo político que era preciso superar, el conflicto Este- Oeste, ya que estos pactos fueron adoptados en plena época de la guerra fría.

<sup>8</sup> Cf. BUERGENTHAL, T. et. al, *ob. cit.*, pág. 33 y BOUTROS GHALI, B. *ob. cit.*, pág. 46. En este último se puede leer acerca del debate por la adopción de uno o de dos pactos.

<sup>9</sup> Utilizamos los términos ratificación y adhesión en forma indistinta por tratarse de pactos adoptados por consenso en el seno de un organismo internacional, pero sin desconocer la diferencia entre ambos institutos, reservando el primero a los Estados que intervinieron en las negociaciones previas y el segundo a los que no lo hicieron; diferencia que se desdibuja en convenciones adoptadas en el seno de un organismo internacional

<sup>10</sup> Res. n° 1235 (XLII) de 6 de Junio de 1967 y N° 1503 (XLVIII) de 27 de Mayo de 1970.

ese carácter, son aplicables incluso a los Estados que no han ratificado los pactos en caso que existan situaciones de violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos.

Empezaba a transformarse en realidad la visión que Kelsen había arriesgado en 1934: «*En la misma medida en que el Derecho Internacional penetra en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos (...) Paralelamente, se irán formando órganos centrales encargados de la creación y aplicación de las normas jurídicas*».<sup>11</sup>

Paralelamente a esta evolución, ocurrida en el marco de las Naciones Unidas, los sistemas regionales –el americano y el europeo– continuaron su perfeccionamiento. La existencia de esos sistemas, lejos de restarle poder o prestigio al universal, vienen a sumarse a éste y a multiplicar sus efectos positivos. Ello se debe a que por un lado, resulta más sencillo avanzar en la protección de los derechos humanos en los sistemas regionales por la mayor coincidencia en las culturas de los estados miembros, y, por el otro, porque la mera existencia de estos sistemas descarga de actividades y de esfuerzos al sistema universal que puede dedicar más recursos a la atención de los problemas que considere más acuciantes.<sup>12</sup>

## 2. Su valor como fuente de Derecho Internacional

### 2.1. Diferencias con los Tratados:

A diferencia de los tratados internacionales, las declaraciones son claramente distintas. Los tratados se encuentran mencionados como una de las fuentes principales de ese ordenamiento en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; además, deben seguir un determinado procedimiento para su celebración, que requiere la intervención del poder ejecutivo para llevar adelante la negociación, la adopción de texto, la firma y su posterior ratificación, y del poder legislativo para la aprobación previa a la ratificación. Las declaraciones, en cambio, no siguen ese procedimiento, sino que son adoptadas por consenso en el seno de organismos internacionales, sin seguir los pasos típicos de los tratados y con la sola voluntad del poder ejecutivo.

Las declaraciones han sido definidas por Jiménez de Aréchaga<sup>13</sup> como un «*instrumento solemne, que se utiliza solo en casos muy especiales en cuestiones de grande y verdadera importancia y*

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires: Eudeba, 1981, pág. 203.

<sup>12</sup> Puede verse la evolución de cada uno de esos sistemas en nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003, pág. 19 y ss.

<sup>13</sup> JIMÉNEZ DE ARÉNCHAGA, Eduardo. *Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, pág. 39.

*cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de estados posible».* La DUDH fue adoptada mediante una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>14</sup>, compuesta entonces por apenas 58 estados, de los cuales 48 votaron a favor y el resto se abstuvieron o no participaron en la votación.<sup>15</sup>

Pese a esas diferencias, consideramos que no se debe reparar en las distintas formalidades requeridas por las declaraciones y los tratados, sino que se debe privilegiar la sustancia por sobre la forma y dilucidar si son o no obligatorios y, por lo tanto, si constituyen o no fuentes de derecho internacional.

## 2.2. Doctrinas en torno a la obligatoriedad de la DUDH:

Generalmente, en Derecho Internacional Público, se analiza el valor como fuente de los actos de organismos internacionales en general, no obstante lo cual nos centraremos solo en las resoluciones de la Asamblea General de la ONU por ser el órgano del cual emanó la declaración bajo estudio.

### a. Doctrina del «Derecho de la Carta:

Las normas de la Carta de las Naciones Unidas referidas a Derechos Humanos los colocan —como se dijo— en un lugar central dentro de los objetivos de la organización. Pero en 1945 faltaba aún especificar cuáles eran tales derechos, definirlos y explicarlos. Por lo tanto, la tarea de la Asamblea fue la de escribir el contenido de un capítulo cuya obligatoriedad ya estaba dada por la Carta y cuyo título ya estaba escrito. De ese modo, las resoluciones referidas a derechos humanos constituyen una interpretación auténtica de la Carta, un complemento y una guía autorizada<sup>16</sup> llevada a cabo por el máximo órgano deliberativo de la organización, donde están representados todos los estados miembros y en forma igualitaria (cada estado un voto y sin derecho de veto). Esta postura es denominada por Ventura Robles como *«la incorporación indirecta a la Carta de las Naciones Unidas»*.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Res. N° 217 (III) del 10 de Diciembre de 1948 AG, ONU. La Declaración Americana está contenida en la Res. XXX de Abril de 1948, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana, AG, OEA

<sup>15</sup> Cf. CASSIN, René, «La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme» Recueil des Cours de la Académie de Droit International, 1951-2, Vol 79, pág. 239 y ss.

<sup>16</sup> Cf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, pág. 209 y PASTOR RIDRUEJO, José. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Colección Textos Universidad Complutense, 2ª edición, 1983, pág. 237.

<sup>17</sup> VENTURA ROBLES, Manuel, «El Valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos», en *The Modern World of Human Rights. El Mundo Moderno de los Derechos Humanos. Essays in Honour of/Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*. San José: IIDH, 1996, pág. 261.

Por lo tanto, las resoluciones de la Asamblea en esta materia constituyen lo que la doctrina denominó el «Derecho de la Carta», es decir, el conjunto de normas generadas a partir de ella en el seno de la organización.<sup>18</sup> Tales normas son, entonces, exigibles a los estados miembros de la organización por su sola condición de tales, y siendo en la actualidad alrededor de doscientos los estados miembros, su importancia deviene capital. Según esta postura, en materia de derechos humanos, las resoluciones de la Asamblea que se fundan directamente en la Carta constituyen una de las fuentes principales de derecho, sin necesidad de acudir a otra fuente para darle obligatoriedad. Esto sí ocurre en otras áreas del derecho internacional en las cuales la resolución constituye solamente la prueba del elemento psicológico de una costumbre que, para erigirse en norma, requerirá luego la práctica reiterada, constante y uniforme de los estados concordante con su contenido, ya que la resolución no obliga por sí sola.<sup>19</sup> La afirmación que antecede seguramente no habría sido tan tajante a poco tiempo de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, pero la creciente importancia de ese organismo en el desarrollo progresivo del derecho internacional, y la notoria extensión de las competencias que ha asumido justifican que hoy podamos pensar de este modo.<sup>20</sup>

b. Doctrina de la Incorporación al Derecho Internacional Consuetudinario:

Hasta la adopción de los Pactos de 1966, la DUDH había sido utilizada regularmente en la práctica de los estados como criterio con el que medir el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.<sup>21</sup> Asimismo, la Proclamación de Teherán de 1968, adop-

<sup>18</sup> Cf. PINTO, Mónica. «Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados», en Boletín del Museo Social Argentino, año LVII, Julio-Diciembre de 1980, pág. 115.

<sup>19</sup> La Secretaría General de la ONU, en un memorándum presentado a la Comisión de Derechos Humanos, expresó que si bien las resoluciones y declaraciones no son vinculantes, «no obstante, teniendo en cuenta la mayor solemnidad y significado de una Declaración, puede considerarse que el órgano que la aprueba abriga mayores esperanzas de que los miembros de la comunidad internacional habrán de respetarla. En consecuencia, en la medida en que esa esperanza se justifique gradualmente por la práctica de los Estados, la declaración puede llegar a ser reconocida por el uso, como un instrumento que establece normas obligatorias para los Estados» (E/3616/Rev. 1 y E/CN.4/1334, citada por GUTIÉRREZ POSEE, Hortensia. *Los Derechos Humanos y las Garantías*. Buenos Aires: Zavallá, 198, pág. 62, nota al pie). En el mismo sentido, desde la doctrina, cf. CASSESE, Antonio. *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli Melacrino y Blanca Ribera de Madariaga, Barcelona: Ariel, 1991, pág. 54.

<sup>20</sup> Sobre el tema de la evolución del derecho de la carta y de la codificación del derecho internacional pueden verse los siguientes artículos publicados en *International Law as a Language for International Relations* (Proceedings of the United Nations Congress in Public International Law, New York 13-17 Marzh 1995), Nueva York: Naciones Unidas, 1996: STERN, Brigitte «L'Evolution du role des Nations Unies dans le maintien de la paix et de la securité internationales» pág. 58 y ss, y Zemanek, Karl: «Does codification lead to wider acceptance?» pág. 224 y ss.

<sup>21</sup> Cf. CARRILLO SALCEDO, José. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995, pág. 51.

tada por 120 Estados y sin ninguna oposición, la declaró «...solemnemente obligatoria para la comunidad internacional».<sup>22</sup>

Esto motivó a que autores, como Buerghenthal, Nikken y Grossman<sup>23</sup>, la consideraran «el modelo de lo que la comunidad internacional entendía por derechos humanos, reforzándose la convicción de que todos los estados tenían la obligación de asegurar el goce efectivo de los derechos proclamados en la Declaración».

Norberto Bobbio sostuvo, en 1979, que el fundamento de los Derechos Humanos está dado por el consenso alcanzado por la declaración, sin necesidad de buscar otro fundamento filosófico de validez de las normas de Derechos Humanos.<sup>24</sup> No obstante, esta posición generó algunas críticas, como la de Eusebio Fernández García, quien sostiene que tal afirmación es exagerada.<sup>25</sup>

Theo Van Boven<sup>26</sup> ha sostenido, con referencia a la DUDH, que: «puede afirmarse categóricamente que, a lo largo de los años, esta declaración ha sido investida, por la comunidad internacional representada en las Naciones Unidas, de una autoridad tal que ningún miembro de dicha comunidad internacional puede desatender los derechos que consagra. El derecho consuetudinario sobre derechos humanos parece tener así un significado más amplio que las leyes cuyo cumplimiento debe buscarse en los tribunales nacionales o internacionales».

Es decir: la costumbre generada en derredor de la misma (es decir su observancia y la opinión *iuris* internacional favorable) y el hecho de que su contenido haya pasado a formar parte de cantidad de tratados, generó que varios y prestigiosos autores consideraran más sencillo y más preciso fundar su obligatoriedad en esa costumbre.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Párrafo segundo de dicha proclamación; cf. RUIZ de SANTIAGO, Jaime. «La Protección Internacional de los Derechos Humanos en su Evolución Histórica», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos III*, San José: IIDH, 1995, pág. 73.

<sup>23</sup> BUERGENTHAL, T., et.al., ob. cit., pág. 26.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. «Presente y Futuro de los Derechos Humanos», en *El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz*, trad. De Jorge Binaghi, Barcelona: Gedisa, 1981, pág. 131 (la primera edición italiana es de 1979). En el mismo sentido: CASSESE, A. ob. cit., pág. 54.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, pág. 82.

<sup>26</sup> VAN BOVEN, Theodor. «El Derecho Internacional Positivo sobre Derechos Humanos», en VASAK, Karel, et al. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona: UNESCO, 1984, pág. 162.

<sup>27</sup> En el mismo sentido, cf. BOUTROS-GHALI, Boutros. ob. cit., pág. 7, #24.

c. El caso de la Declaración Americana:

Con referencia a ésta, existe la doctrina de la Comisión Interamericana y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se expiden claramente sobre su obligatoriedad.

La Comisión, en 1987, en un caso en el que intervino respecto de los Estados Unidos de Norteamérica (país que no ratificó el Pacto de San José de Costa Rica) sostuvo que *«Como consecuencia de los artículos 3.j, 16, 51.e, 112 y 150 de la Carta de la OEA (ciertos instrumentos) sobre los derechos humanos adquirieron fuerza obligatoria. Tales instrumentos, aprobados con el voto del Gobierno de los Estados Unidos, son los siguientes: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre»*.<sup>28</sup> (el destacado nos pertenece).

Dos años más tarde, la Corte, en la Opinión Consultiva N° 10<sup>29</sup>, sostuvo *«no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde (su) adopción»*.<sup>30</sup> A partir de ello, analizó la evolución del sistema americano de protección de derechos humanos, las referencias que en distintos instrumentos se hizo a la declaración, la competencia de la Comisión para velar por los derechos humanos contemplados ella, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que reconocieron su carácter de fuente de obligaciones, y concluyó que *«Para los estados miembros de la (OEA), la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta (...) Es decir, para estos estados la Declaración constituye una fuente de obligaciones internacionales»*.<sup>31</sup> (el destacado nos pertenece).

### 3. Su valor como fuente de Derecho Constitucional

Una nueva etapa en la vida de la DUDH está dada por su ingreso al derecho constitucional de varios Estados. En efecto, a casi tres décadas de su adopción comenzó a ser objeto de referencia por los textos constitucionales que –como veremos a continuación– la mencionan con distintos objetivos: como fuente colateral de derechos no contemplados en la constitución; como pauta interpretativa de los derechos consagrados a nivel constitucional; y para reconocerle una determinada jerarquía en el ámbito interno.

<sup>28</sup> Caso «Roach y Pinkerton» n° 9647, Informe n° 3/87, párrafo 48.

<sup>29</sup> OC-10, 14/7/89, Corte IDH, Serie A n° 10, 1989

<sup>30</sup> Párrafo 37.

<sup>31</sup> Párrafo 45.

### 3.1. La DUDH como fuente colateral de derechos:

La Constitución de Portugal de 1976, en su art. 16 establece: «1. *Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional.* 2. *Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.*».

Según Gomes Canotilho<sup>32</sup>, la primera parte prevé aquellos derechos que son «*materialmente pero no formalmente fundamentales*», es decir, que funciona como una cláusula de derechos implícitos; a lo cual, Miranda<sup>33</sup> agrega que es una manifestación del principio de dignidad de la persona, que no está explicitado en la constitución portuguesa.

La segunda parte de la norma es la que nos interesa, por ser el puntapié inicial de una corriente que finalmente se plasmó en la constitución argentina. El primer punto a resaltar es la referencia conjunta a normas constitucionales y a normas legales, que serán «*interpretadas e integradas*» en armonía con la DUDH, es decir, que no sólo es un método auxiliar para desentrañar el significado de dichas normas, sino que también, en caso que resulten insuficientes o incompletas, las normas de la DUDH acudirán a llenar ese hueco. Según Bidart Campos<sup>34</sup>, la norma bajo análisis impone dos tareas: «*buscar siempre la articulación entre las dos fuentes, pero además, colmar los vacíos normativos*».

Esa norma ha sido objeto de una interpretación extensiva por el Tribunal Constitucional de ese país, que ha invocado no sólo la DUDH, sino también los Pactos de 1966 y la Convención Europea de 1950. No obstante, ese tribunal no ha reconocido -hasta el momento- jerarquía constitucional a la referida declaración ni la ha utilizado como pauta autónoma para juzgar la constitucionalidad de las normas.<sup>35</sup> La invocación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, por lo tanto, actúa como un elemento de integración de normas constitucionales y legales, como expresamente lo reconoce el Tribunal Constitucional.<sup>36</sup> La doctrina, en cambio, se reparte entre quienes asignan a la DUDH el valor de fuente supraconstitucional, los que le asignan valor constitucional y quienes le adjudican un valor infraconstitucional pero supralegal.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional*, 6ª edição, Coimbra, 1995, pág. 499.

<sup>33</sup> MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional* Tomo IV. Coimbra, 1993, pág. 128.

<sup>34</sup> BIDART CAMPOS, Germán. «La Democracia Social en la Constitución Portuguesa (1976/1996), en *Perspectivas Constitucionais*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pág. 241.

<sup>35</sup> Cf. «Rapport de la Délégation Portugaise» a la IXe. Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes (Paris, 10-13 Mai 1993) editado por Consejo Constitucional Francés en 1994, bajo el título *Protection Constitutionnelle et Protection Internationale des Droits de L'Homme: Concurrence ou Complémentarité*, pág. 469 y ss esp. pág. 493.

<sup>36</sup> Idem, pág. 506.

<sup>37</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J. ob cit. pág. 497, y la doctrina allí citada.

La Constitución de Nicaragua de 1987, en su art. 46 dispone: *«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 los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos».*

La norma transcrita es susceptible de dos interpretaciones. Según la más restrictiva, significa la aplicabilidad directa y la operatividad inmediata de las normas contenidas en los tratados de derechos humanos. De acuerdo a una más amplia, la norma implica una excepción al art. 182, que consagra la inferior jerarquía de los tratados frente a las constitución y, de ese modo, se reconocería a los tratados enumerados gozan de jerarquía constitucional. Lamentablemente, la jurisprudencia de los tribunales nicaragüenses se inclina por la interpretación más estrecha de las dos ensayadas, manteniendo a la constitución como norma suprema y a todos los tratados internacionales subordinados a ella, incluidos los de derechos humanos expresamente enumerados.

En el mismo sentido, la Constitución de Ecuador, de 1998, establece en su art. 17: *«El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta constitución y en las declaraciones, pactos convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos».* Y el art. 18 reitera: *«Los derechos y garantías determinados en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la constitución o en la ley para el ejercicio de estos derechos».*

3.2. La DUDH como pauta interpretativa de los derechos contemplados en la Constitución:

La Constitución española de 1978, en su art. 10.2 ordena: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».* Esta norma ha generado cantidad de

análisis y comentarios<sup>38</sup>, dado que contiene lo que la doctrina española denominó la «*apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*»<sup>39</sup> y ha generado que la jurisprudencia de los tribunales, especialmente la del Tribunal Constitucional, recurra en forma permanente al derecho internacional de los derechos humanos para fundar sus fallos. En algunas oportunidades, se utilizan las normas internacionales para reforzar la interpretación de normas constitucionales<sup>40</sup> y, en otros casos, como fundamento principal del fallo.<sup>41</sup> A través de ese uso frecuente del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los jueces españoles, se han construido los conceptos de «*estado internacionalmente limitado*» y de «*interpretación conforme al derecho internacional de los derechos fundamentales*».

Respecto del primero se ha dicho: «*No se trata ya sólo de la incorporación al derecho interno de los acuerdos, declaraciones, etc., que tengan por objeto los derechos de la persona, que esto no es ninguna novedad; se trata, además, y sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades*».<sup>42</sup> La Constitución, desde su supremacía, asume esos contenidos y lo hace a modo de «*reenvío móvil*» a las regulaciones presentes y futuras y también a las que resulten de la interpretación que de tales tratados puedan llevar a cabo los órganos de garantía en ellos establecidos.<sup>43</sup>

El principio de interpretación conforme, o de «interpretación internacionalmente adecuada», se refiere a la sustancia de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución

<sup>38</sup> GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo «El Valor en Derecho Español de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 1, 1987. LIÑÁN NOGUE-RAS, Diego. «La Protección Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al art. 10.2)», en Boletín Informativo de la International Law Association, Sección Española, nº 9, Marzo de 1982. ESPADA RAMOS, M. «El Efecto Directo y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos Suscritos por España», en la obra colectiva Introducción a los Derechos Fundamentales. Vol. 3, Madrid, 1988. APARICIO PÉREZ, M. «La Cláusula Interpretativa del art. 10.2 de la Constitución Española como Cláusula de Integración y Apertura Constitucional de los Derechos Fundamentales», en Jueces para la Democracia, nº 6, 1989, pág. 7 y ss.; entre otros.

<sup>39</sup> Ese es, textualmente, el título de la obra de Alejandro Saiz Arnaiz íntegramente dedicada a esta norma: La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

<sup>40</sup> Lo que Saiz Arnaiz denomina uso del derecho internacional «como ejemplo» (ob. cit. pág. 241). Ello ha ocurrido, entre muchas otras, en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 16/1981, 67/1985, 99/1985, 199/1987, 176/1988, 195/1989, 59/1990, 170/1993, 85/1994, etc.

<sup>41</sup> Lo que el referido autor denomina uso «como modelo» (loc. cit.), y ha sido desarrollado en las siguientes STC: 22/1981, 42/1982, 36/1984, 254/1993, 33/1997, etc.

<sup>42</sup> MANGAS MARTIN, Araceli. «Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución Española de 1978», en RFDUC nº 61, 1980, citada por SAIZ ARNAIZ, A. ob. cit., pág. 52.

<sup>43</sup> SAIZ ARNAIZ, ob. cit., pág. 53.

(no a su forma) para que ella sea compatible con lo establecido en el instrumento internacional, pero además, pese a haberse rehusado el constituyente a incluir el término «integrar» que contiene el modelo portugués, el Tribunal Constitucional también ha utilizado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para llenar lagunas normativas de la constitución. Ello ha motivado críticas de gran parte de la doctrina, que considera que la norma no permite crear nuevos derechos más allá de los expresamente recogidos en el texto constitucional, en estos términos: «*los convenios y tratados internacionales no pueden servir ni para pasar por alto límites de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, ni para añadir... otros distintos de los que la constitución expresamente formula*».<sup>44</sup> En otras palabras, la cláusula en estudio sí posibilitaría una interpretación integradora de normas constitucionales con base en normas internacionales, pero no la solución del pleito con invocación sólo de normas internacionales, si ese derecho no está contemplado en la carta magna.

Inspirada en el modelo español, la Constitución Peruana de 1993, en su Disposición Transitoria 4º reza: «*Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*». Esta norma generó acerbas críticas en la doctrina peruana<sup>45</sup> por haber derogado el contenido de la Constitución de 1979 que reconocía jerarquía constitucional a las normas internacionales de Derechos Humanos, habiéndose sostenido que «*la eliminación del art. 105 en nuestro nuevo texto constitucional no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no solo un retroceso a nivel jurídico, sino también una verdadera torpeza política*».<sup>46</sup>

La Constitución hoy vigente, en primer lugar, limita la aplicabilidad de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos al papel de pauta interpretativa, sin expedirse expresamente sobre su jerarquía. No obstante, según señala Sáenz Dávalos<sup>47</sup> al mencionar a los

<sup>44</sup> DE OTTO y PARDO, Ignacio y Lorenzo, MARTÍN RETORTILLO. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988, pág. 115.

<sup>45</sup> CIURLIZZA, Javier. «La Inserción y la Jerarquía de los Tratados en la Constitución de 1993: Retrocesos y Conflictos», en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n° 11, Lima 1995, CAJ, pág. 68. LOAYZA, Carolina. «Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución de 1993 y su Aplicación por el Poder Judicial», en *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año II, n° 3, Lima 1996, Gaceta Jurídica, pág. 46. RODRÍGUEZ BIGNARDELLO, Hugo. «Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993», en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, n° 4, Oct- Dic 1996, pág. 91 y ss. CARPIO MARCOS, Edgar. «Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos», en *Revista Vox Iure*, Año I n° 1, Lima 1994, CED pág. 6 y ss.

<sup>46</sup> NOVAK TALAVERA, Fabián. «Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993», en *Agenda Internacional*, Año I n° 2, Lima Julio Diciembre de 1994, PUCP, pág. 71 y ss esp. pág 91.

<sup>47</sup> SÁENZ DÁVALOS, Luis. «El Dilema de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la Nueva Constitución», en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad*, n° 134, Trujillo, Enero de 1996-Julio 1999, pág. 737 y ss., esp. 740.

tratados internacionales dentro de las normas con rango de ley (art. 200), termina colocando al derecho interno por encima del internacional, ya que una ley posterior puede generar el incumplimiento de un tratado anterior.<sup>48</sup> Y en segundo lugar, dicha pauta interpretativa se aplica sólo a los derechos que la constitución ya reconoce (al igual que la española), pero no pueden ser usados para introducir nuevos derechos en el sistema constitucional.

Aún sin previsión constitucional expresa, ciertos países pertenecientes al Commonwealth o Comunidad Británica de Naciones, en los cuales la última instancia judicial es el *Privy Council*<sup>49</sup>, utilizan como fuente a la DUDH. Así, en 1979, en un caso relativo a la constitución de Bermuda, Lord Wilberforces, integrante del referido órgano jurisdiccional, sostuvo que el capítulo referido a derechos y libertades fundamentales del individuo estaba fuertemente influenciado por la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (la cual había sido ratificada por el Reino Unido y aplicada a sus territorios, incluido el de Bermuda) y por la DUDH, y que «*esos antecedentes imponen una interpretación generosa y amplia del referido capítulo*».<sup>50</sup> Es decir que los instrumentos internacionales de derechos humanos (incluida la DUDH) influyen en la interpretación de las normas constitucionales, provocando una mayor amplitud en el reconocimiento de derechos y libertades. No obstante, los tribunales siempre han requerido la incorporación de los instrumentos internacionales al derecho interno como requisito previo para su aplicación en sede nacional<sup>51</sup>, lo cual refleja que no se han despojado totalmente de la costumbre de su ex metrópoli, el Reino Unido, consistente en exigir que el tratado sea transformado en ley para poder ser aplicado en el ámbito interno.

<sup>48</sup> Sobre este punto, Pinto expresa que cuando el art. 140 relativo a la pena de muerte amplía en número de delitos a los cuales se aplicaba a tenor del anterior texto, ello indica que las leyes se encuentran por encima de los tratados o, en el mejor de los casos, en igualdad de rango. Cf. PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997, pág. 70.

<sup>49</sup> El *Privy Council* es un cuerpo ceremonial que presta servicios consultivos a la corona británica. Está compuesto de miembros y ex miembros del gabinete, y de figuras importantes en el Reino Unido y en el Commonwealth. Se divide en distintos comités, cada uno de ellos con una función específica (asuntos universitarios, profesionales, religiosos, coloniales, etc.) dentro de los cuales el más importante es el judicial (Judicial Committee) que ejerce la función de última instancia de apelación para la mayoría de los países del Commonwealth.

<sup>50</sup> Asunto: «Minister of Home Affairs vs. Fischer» (1980) A.C. 319, esp. 328; citado por Barnett, Lloyd G., «International Human Rights Norms and Their Domestic Application: Judicial Methods and Mechanisms», en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n° 29, San José, enero-junio 1999, pág. 12 y ss. esp. 14.

<sup>51</sup> Por ejemplo, en el caso «Dunkley and Robinson vs. R.» (1994) 45 W.I.R. 318, fallado por el Privy Council y referido a Jamaica, se rechazó la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por ese motivo; y en el caso «Peters vs. Marksman», fallado por la Corte Suprema de San Vicente y las Granadinas, se aplicó la Declaración de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, porque había sido incorporada al derecho interno (Sentencia n° 246 del 31 de Julio de 1997, inédita, citada en BARNETT, L.G., op.cit., pág. 17).

### 3.3. La Jerarquización de la DUDH:

En Argentina, a apenas a diez años de la adopción de la DUDH, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo «Kot»<sup>52</sup>, la citó, conjuntamente con el preámbulo y con el artículo 33 CN, como fuente de derechos implícitos y como fundamento de la creación pretoriana del amparo contra actos de particulares.

Lamentablemente, ese precedente fue uno de los muy pocos en que se invocó a la DUDH como fuente de derecho, hasta la reforma constitucional de 1994. En esa oportunidad, se incorporó el art. 75 inciso 22 que menciona, dentro de los instrumentos con jerarquía constitucional, a las declaraciones universal y americana. Luego de enumerar once instrumentos internacionales de derechos humanos, establece que «*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*». Es decir que el constituyente eligió ciertos instrumentos internacionales (nueve tratados y las dos declaraciones referidas<sup>53</sup>) y los colocó en pie de igualdad con la Constitución misma, conformando el bloque de constitucionalidad federal.<sup>54</sup>

Esos instrumentos internacionales de Derechos Humanos (incluida la DUDH) no se han convertido en derecho interno, sino que siguen siendo derecho internacional, pero directamente aplicable en el ámbito interno y con la máxima jerarquía. El bloque de constitucionalidad, en su conjunto y sin diferencias jerárquicas dentro de él, es el parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad, tal como ha reconocido la Corte Suprema en cantidad de sentencias. En el fallo «Girolodi» de 1995, ese tribunal sostuvo que la frase «*en las condiciones de su vigencia*» significaba que los tratados deben ser aplicados tal como rigen en el orden internacional, es decir, tal como son interpretados por los órganos internacionales encargados de su aplicación.<sup>55</sup>

En 1996, en los fallos «Chocobar, Sixto c/ ANSSES»<sup>56</sup> y «Monges, Analía»<sup>57</sup> sentenció que la frase «no derogan artículo alguno de la primera parte» de la Constitución «*indica que*

<sup>52</sup> Fallos 241:291.

<sup>53</sup> Ese número ha sido ampliado a trece, en virtud de la elevación a jerarquía constitucional de dos nuevos tratados, en 1997 y 2003.

<sup>54</sup> Cf. BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental*. pág. 271 y ss.; en *El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995, pág. 264; y en *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1994, pág. 123. También puede verse nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad*. pág. 196 y ss.

<sup>55</sup> Fallos 318:514.

<sup>56</sup> Fallos 319:3241, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y López, considerando N° 12.

<sup>57</sup> Fallos 319:3148, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López y Boggiano, considerandos N° 20 y 21.

*los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir». Finalmente, en septiembre de 2008<sup>58</sup> (y luego de ello en reiteradas oportunidades), el tribunal acogió la denominación de Bloque de Constitucionalidad para referirse a la constitución nacional conjuntamente con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos a que se refiere la norma bajo análisis.*

Lo hizo en los siguientes términos: *«la reforma constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que, junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. A partir de entonces son muchas las normas de ese rango que nos rigen».* (el subrayado es nuestro).

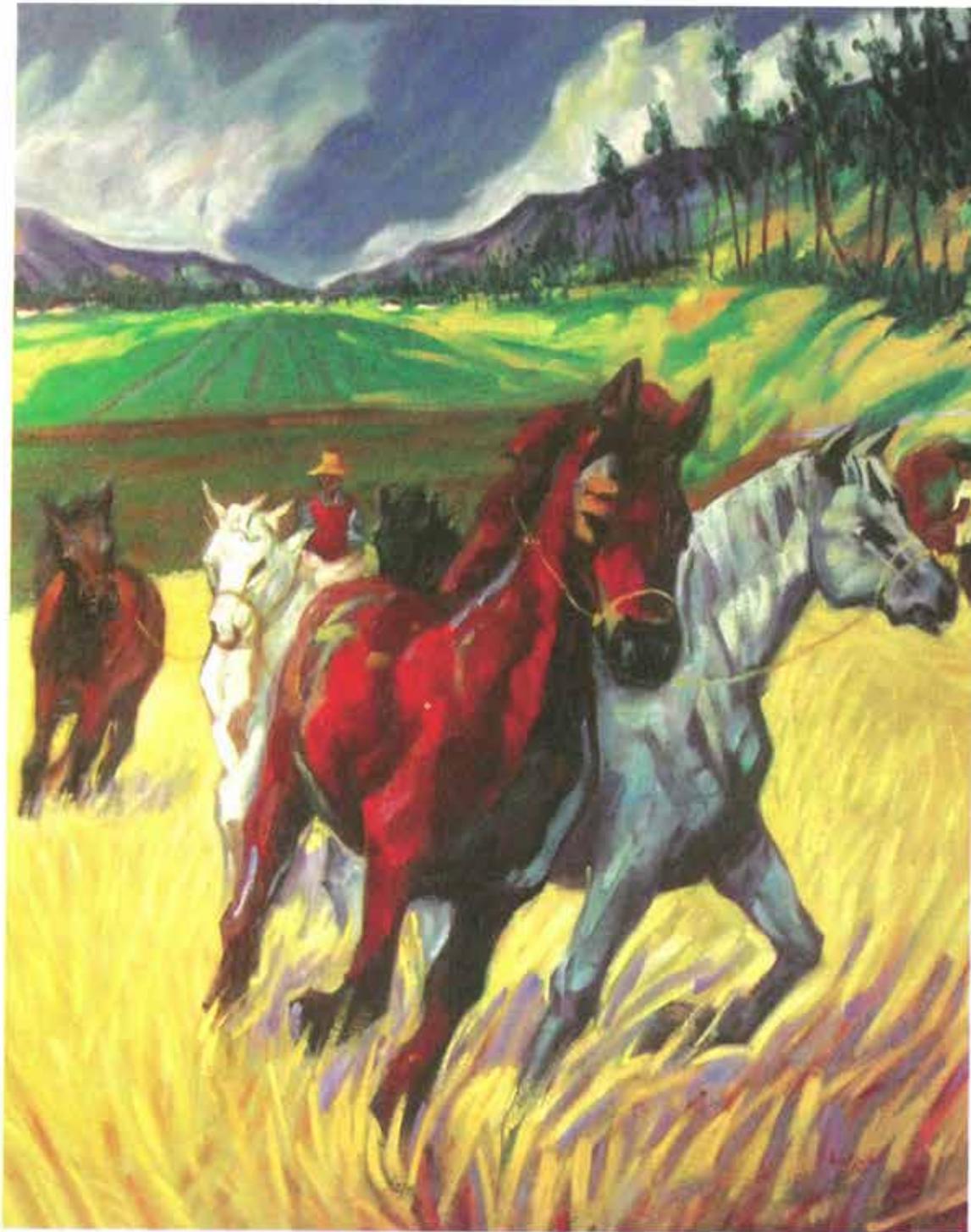
#### 4. Colofón:

Sin duda, la DUDH fue el punto de partida y la piedra basal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que hoy, a sesenta años de la adopción de ésta, se presenta como una rama del derecho frondosa y desarrollada, con autonomía científica y académica, con un cúmulo de doctrina de autores, de opiniones de órganos no jurisdiccionales y de jurisprudencia de órganos jurisdiccionales que, en el ámbito internacional, han ido edificando un nuevo corpus iuris. Ya no se puede cuestionar, en el siglo XXI, la obligatoriedad de la DUDH. Sea que se adopte la postura de su incorporación al «derecho de la carta» o que se sostenga la doctrina del consenso, su fuerza vinculante está asegurada.

Pero la DUDH ha dado un paso más en las últimas tres décadas: su incorporación al derecho constitucional, especialmente en Iberoamérica. Seguramente, habrá otras constituciones que en el futuro se remitan a ella como fuente de sabiduría y como herramienta para completar el sistema de derechos fundamentales de la persona humana.

<sup>58</sup> Caso «González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba», Fallos 323:2659.





Bruno Porriaguez

*"La Trilla"*