La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno

Eduardo Jiménez de Aréchaga (*)

La pregunta que se plantea en el título del presente estudio - la Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno - suscita de inmediato la cuestión más vasta de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno.

Bajo este rótulo común de "Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno" se estudian en general dos problemas diferentes: la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, por un lado, y por el otro la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas. Se trata, sin embargo, de dos cuestiones que, del punto de vista lógico, pueden perfectamente distinguirse y el estudio gana en claridad si se analizan separadamente. Lo que contribuye a la confusión es el uso común e indiscriminado de la dicotomía "monismo-dualismo" respecto de estas dos cuestiones diferentes.

La primera cuestión consiste en determinar si el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos sistemas jurídicos tan separados e incomunicados que, a falta de una norma legislativa interna que opere una "transformación", los individuos no pueden ser alcanzados por las reglas del Derecho Internacional o si, por el contrario, existe una inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, admitiéndose entonces la posibilidad de una incorporación automática y una aplicación directa de las normas de Derecho Internacional por los tribunales judiciales y las autoridades administrativas internas. La etiqueta de "dualismo" debe reservarse para la primera posición y el término "monismo" para la segunda.

La segunda cuestión, que es totalmente distinta, no concierne la separación o inter-conexión entre ambos sistemas jurídicos, sino su jerarquía: en caso de conflicto entre normas de Derecho Interno, ¿cuál es la que prevalece?

Aquí nada tiene que ver la dicotomía monismo-dualismo.

(*) Ex-Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

LA PRIMERA CUESTION: MONISMO VERSUS DUALISMO

El fundador de la escuela dualista, el jurista alemán Triepel, comparaba el Derecho Internacional a un mariscal de campo, que puede dar órdenes a los generales, pero no a los soldados. En su tesis, los individuos no pueden nunca ser obligados ni beneficiados por las normas de Derecho Internacional: sólo el Estado es el obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con otros Estados. A fin de alcanzar al individuo la norma de Derecho Internacional debe ser transformada en disposiciones de Derecho Interno, sean leyes o medidas administrativas.

La determinación de si un Estado sigue esta doctrina dualista o, por el contrario, admite la incorporación automática de normas internacionales en su orden interno, no es cuestión regida por el Derecho Internacional Público, sino que resulta de una opción que hace el Derecho Constitucional de cada Estado.

El estudio comparativo de las normas vigentes en el Derecho Constitucional contemporáneo sobre el tema evidencian una preferencia definida en la mayoría de los Estados por la doctrina monista de la incorporación automática de las normas internacionales en el derecho interno, sin necesidad de la transformación que requería Triepel. Y esto ocurre tanto respecto de las normas internacionales que emanan de tratados, como de las reglas del Derecho Internacional consuetudinario.

El Derecho Constitucional comparado revela distintos métodos para alcanzar este objetivo. Es frecuente que las Constituciones de la segunda pos-guerra contenga una disposición estableciendo que los tratados, o, con mayor latitud, las reglas generales del Derecho Internacional son parte del Derecho del Estado. En otros países, a falta de norma constitucional expresa, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido el principio de que "el derecho internacional es parte del derecho del país" ("part of the law of the land"). En la mayoría de los Estados, hoy en día, las normas del Derecho Internacional no sólo rige entre los Estados, sino también dentro de los Estados.

Hay, sin embargo, países que permanecen atados a la escuela dualista, ya sea respecto de todas las normas internacionales o, por lo menos, respecto de aquellas que se originan en tratados, pues requieren un acto legislativo de transformación a fin de aplicarlos internamente. Es así posible que un Estado adopte la posición monista respecto de las normas de origen consuetudinario y la tesis dualista con respecto a los tratados, como sucede en Inglaterra, por ejemplo. Es también lógicamente posible adoptar la posición opuesta.

En el Uruguay ha primado la posición monista, tanto respecto de las normas internacionales de origen consuetudinario como de aquellas que emanan de tratados. Respecto de las primeras la Suprema Corte ha hecho aplicación directa de normas internacionales de origen consuetudinario, por ejemplo, las que consagran la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos extranjeros, a fin de excluir al Embajador de Francia de los efectos de una moratoria judicial (1).

Y esto se hizo en una época en que no había ley interna ni tratado en la materia.

(1) La Justicia Uruguaya, t. II, p. 312-318.

Respecto de normas de origen convencional, si bien no existe disposición expresa en nuestra Constitución, la jurisprudencia ha hecho sin vacilaciones una aplicación directa de aquellas disposiciones de los tratados que son susceptibles de recibir esa ejecución (self-executing).

Por ejemplo, en el Uruguay existía un “impuesto de extracción” que gravaba las herencias recibidas por un extranjero o un residente en el exterior. Posteriormente, se celebró un tratado con el Brasil exonerando a los súbditos de los dos países de aquellos impuestos que se imponían en virtud de la calidad de extranjero, o por residir en el extranjero. Nuestros jueces consideraron que, en aplicación del tratado, no correspondía ya cobrar el impuesto referido, aplicando así directamente un tratado, al que atribuyeron efecto abrogatorio respecto de una ley impositiva (2).

En otros casos, relativos a extradición, el famoso Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, integrado por Armand Ugón, Véscovi y Baliñas, refiriéndose al Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, declaró: “ese Tratado, que recibió sanción legislativa, es también ley de la República” (3). Y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, afirmó que su función era “aplicar la ley nacional que regula la especie, integrada por el Tratado de Uruguay - España 1885 y el Código Penal”, agregando que “las normas del Tratado tienen en lo nacional fuerza de ley” (4).

En forma unánime la doctrina ha apoyado esta jurisprudencia reconociendo un rango equivalente al de la ley ordinaria, a las normas contenidas en los tratados debidamente ratificados, ya sea por estimar que la aprobación parlamentaria les imprime jerarquía legal (5) o aún sin aceptar esta tesis, al considerar que la ley de aprobación de un tratado no tiene por contenido el tratado mismo, sino que es sólo una etapa en el proceso de formación de la voluntad del Estado de vincularse por un tratado (6).

En el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos la propia ley de aprobación contiene una disposición expresa declarando que su texto “forma parte de la presente ley”. Se le atribuye así carácter de ley nacional, si bien esto no era rigurosamente necesario dada la clara y unánime posición de la jurisprudencia y la doctrina nacional sobre la equiparación de todo tratado con la ley interna.

LA CUESTION DE JERARQUIA

Tampoco la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, es regida por el Derecho Internacional sino que depende del Derecho Constitucional de cada

(2) La Justicia Uruguaya, t. IV, p. 322-3 y t. VII, caso 1483. Para otros ejemplos de aplicación directa de normas convencionales ver L.J.U., t. 64, p. 43, caso N° 7623 y caso N° 7750, L.J.U., t. 65, p. 148.

(3) L.J.U., vol. VIII, caso N° 1655, p. 267.

(4) L.J.U., vol. 68, caso N° 8103, p. 135.

(5) Justino Jiménez de Aréchaga, la Constitución Nacional, t. III, pp. 30 y ss.

(6) V. del autor Curso de Derecho Internacional Público, 1959, vol. I, pp. 201-202. Ver también A.R. Real, La Justicia Uruguaya, t. 48, sec. doct. p. 17 y ss. y H. Gros Espiell, la Constitución y los tratados internacionales, p.19.

país. Y en esa materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acuerdan a las normas internacionales la más alta jerarquía, al punto que pueden incluso modificar las normas de la Constitución; otros equiparan las normas internacionales con las disposiciones de la Constitución; un tercer grupo de países admite que las reglas del Derecho Internacional, aunque no pueden modificar la Constitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas. Finalmente, la posición más difundida, y a la que está afiliado el Uruguay, es la que coloca en un pie de igualdad las disposiciones de los tratados, así como las normas consuetudinarias, con los actos legislativos. Esto significa que habrá de prevalecer la regla adoptada con posterioridad, sea interna o internacional. La norma posterior desplaza a la anterior en el tiempo.

Así lo ha decidido el Tribunal de Apelaciones del Tratado y la Suprema Corte, "sosteniendo la posición jurisprudencial de que la ley ordinaria posterior deroga tácitamente al Tratado" (7).

Es en esta última hipótesis que reaparece entonces la escuela dualista para sostener que la existencia simultánea de dos normas contradictorias - Una de Derecho Internacional y otra de Derecho Interno en conflicto con la anterior - demuestra que se está en presencia de dos órdenes jurídicos diferentes. Hay autores que comparan esta situación con la de dos ordenamientos jurídicos internos, uno nacional y otro extranjero, que pueden contener normas jurídicas diferentes y hasta contradictorias.

Esa comparación, que intenta reintroducir el dualismo, olvida que del punto de vista internacional, el acto legislativo en conflicto con una norma de Derecho Internacional no es sino un hecho equivalente a cualquier otra violación del Derecho Internacional, que origina la responsabilidad internacional del Estado. Si el juez nacional acuerda prioridad al acto legislativo posterior en el tiempo sobre el tratado o la norma consuetudinaria de Derecho Internacional pre-existente, ello sólo significa que el Estado queda obligado a cumplir su obligación internacional a través de un conducto diferente. Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso *Whitney versus Robertson*, hace ya un siglo, al negar la aplicación de un tratado en conflicto con una ley del Congreso:

"Si el país con el cual se ha concluido el tratado queda insatisfecho por la acción del cuerpo legislativo, puede presentar su queja a la autoridad ejecutiva del Gobierno y adoptar las otras medidas que estime esenciales para la protección de sus intereses. Los Tribunales no pueden proporcionarle un remedio" (8).

Esto demuestra que la norma de Derecho Internacional no ha sido, en rigor, derogada por la norma legislativa contradictoria. La norma internacional subsiste, así como queda en pie la obligación internacional de que ella deriva, aunque no sea ejecutable por los tribunales internos o las autoridades administrativas, pero sí es ejecutable ante los tribunales internacionales.

LAS NORMAS INTERNACIONALES AUTOEJECUTIVAS O EJECUTABLES POR SU MISMAS ("SELF-EXECUTING")

Hemos visto que la opción entre la escuela monista o la dualista, así como

(7) L.J.U., t. 85, 1982, Nº 9817 y Rev. Derecho Laboral, t.XX, p. 341.

(8) 124 US 190, 194 (1888).

la elección del sistema que cada Estado adopta en caso de conflicto de normas, son ambas cuestiones regidas por el Derecho Constitucional de cada país y no por el Derecho Internacional.

Sin embargo, el Derecho Internacional Público ha elaborado un concepto que constituye la clave para decidir en qué casos es aplicable la doctrina de la incorporación automática y en qué otros casos esa doctrina deja de ser aplicable y un acto de transformación se vuelve indispensable.

Este concepto es el de las normas internacionales auto-ejecutivas o ejecutables por sí mismas (“self-executing”), un concepto que también desempeña una función clave en caso de conflicto de normas, ya que el conflicto sólo puede producirse si la norma de Derecho Internacional tiene auto-ejecutividad.

El concepto de disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción, han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez. No obstante, ese concepto puede también extenderse a las normas del Derecho Internacional consuetudinario. Se puede hablar también de reglas de la costumbre internacional ejecutables por sí mismas. (“self-executing”).

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (“self-executing”) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad.

Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma (“self-executing”) “toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa” (9).

Se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación; en segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.

La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma (“self-executing”) depende fundamentalmente de la intención de las Partes Contratantes. Tal norma existe cuando las Partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor. Como ha dicho la Corte Permanente de Justicia Internacional “no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las Partes Contratantes, puede ser la adopción por las Partes de algunas reglas definidas que cree derechos y obligaciones y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales nacionales” (10).

(9) Caso Foster y, Neilson, publicado en Bishop W. *International Law Cases and Materials*, pp.125-6.

(10) P.C.I.J., Series B, N° 15, pp. 17-18.

PRESUNCION EN FAVOR DEL CARACTER EJECUTABLE POR SI MISMO

Una serie de pronunciamientos formulados en casos concretos planteados en los Estados Unidos pueden ser interpretados como estableciendo una especie de presunción en favor del carácter ejecutable de una disposición convencional. Se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma (“self-executing”), “a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de tratados a los que no se puede, por su propia naturaleza, dar efecto como derecho “ex proprio vigore” (11).

La misma frase “a menos que” se encuentra en un asesoramiento jurídico proporcionado por el Asesor Letrado del Departamento de Estado, Hackworth, más tarde Presidente de la Corte Internacional de Justicia:

“Considero que es nuestro deber como parte de la rama ejecutiva del Gobierno dar cumplimiento administrativamente a las obligaciones de los tratados, *a menos que sea imposible* dar efecto al tratado, como parte del derecho del país, sin una ley” (12).

De nuevo esta frase, *a menos que*, aparece en la conclusión del estudio que sobre el tema hizo un autor eminente, quien insiste en el deber de ejecutar un tratado “a menos que las obligaciones a cumplir hayan sido condicionadas al dictado subsiguiente de leyes apropiadas” (13).

Existe una razón adicional en apoyo de esta presunción. Si ha transcurrido algún tiempo desde que el tratado ha entrado en vigor y ni el Poder Ejecutivo ha pedido al Parlamento una ley de ejecución, ni este órgano ha dictado ley alguna, surge una fuerte presunción de que el tratado es ejecutable por sí mismo. Si un tribunal declara en esas circunstancias que el tratado no es ejecutable por sí mismo, ello significaría constatar que el Estado ha dejado de cumplir y continúa incumpliendo su obligación de dictar, tan pronto como el tratado entró en vigor, la legislación complementaria que permita su ejecución.

EJEMPLOS DE NORMAS INTERNACIONALES EJECUTABLES POR SI MISMAS (SELF-EXECUTING)

Normas de Derecho Internacional Consuetudinario ejecutables por sí mismas (“self-executing”) son, por ejemplo, las reglas relativas a la inmunidad de Estados extranjeros y las que confieren privilegios e inmunidades diplomáticas. En

(11) Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 177 (Subrayado añadido). Esta declaración fue hecha por Charles Evans Hughes, entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos y más tarde Presidente de la Suprema Corte y en un tiempo Juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

(12) Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 183.

(13) Charles H. Hyde, “*International Law, chiefly as interpreted and applied by the United States*”, vol. II, p. 1463.

muchos países los tribunales y autoridades administrativas aplican las normas pertinentes sobre el tema cuando se invocan por persona interesada en un caso concreto, aún si no existe tratado o legislación interna. Es el caso ya citado del Embajador a quien la Suprema Corte le reconoció inmunidad de jurisdicción. El ejemplo extranjero más conocido es el caso de Paquete Habana en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos aplicó, en ausencia de toda ley o norma de Derecho Interno, una regla de Derecho Internacional Consuetudinario. Dijo la Corte:

“según una antigua costumbre entre las naciones civilizadas, que ha empezado hace siglos y ha madurado gradualmente como regla de Derecho Internacional, se ha reconocido que los barcos de pesca costeros... están exentos, como también su carga y tripulación, de ser capturados como presas de guerra” (14).

Agregó la Suprema Corte que:

“el Derecho Internacional es parte de nuestro derecho y debe ser declarado y aplicado por los tribunales judiciales competentes, toda vez que se presenten ante ellos, cuestiones de derecho reguladas por él” (15).

En cambio, las normas consuetudinarias que conciernen la conducta del Estado respecto de los demás, como las reglas que prohíben la agresión o la intervención no son, dada su naturaleza, disposiciones auto-ejecutivas ya que otorgan derechos e imponen obligaciones a los Estados en sus relaciones recíprocas, y no a los individuos.

En cuanto al carácter ejecutorio de las disposiciones de los tratados, el ejemplo clásico es el de la cláusula de la nación más favorecida, cuando sus beneficios son invocados por una persona natural o jurídica de la nacionalidad del Estado que ha convenido la cláusula.

En los Estados Unidos, por ejemplo, “no ha sido la práctica del Ejecutivo recomendar, ni del Gobierno adoptar legislación más favorecida de un tratado... conforme a decisiones judiciales que son ahora concluyentes, las cláusulas de la nación más favorecida son efectivas sin el dictado de legislación que les dé efecto” (16).

La explicación radica en el hecho de que, como ha dicho la Corte Internacional de Justicia, “la intención de la cláusula de la nación más favorecida es mantener en todo momento una igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países afectados” (17).

La prohibición de incurrir en discriminación, ya sea en base a preceptos de origen convencional o a normas de derecho consuetudinario, es, por su naturaleza, una norma que se presta fácilmente a la ejecución por sí misma, cuando es invocada por la víctima de esa discriminación.

(14) Paquete Habana, U.S. Supreme Court, 1900, 175 U.S. 677 v. Briggs H., *The Law of Nations*, 2nd. ed., p. 30.

(15) Paquete Habana, U.S. Supreme Court, 1900, 175 U.S. 677 v. Briggs H., *The Law of Nations*, 2nd. ed., p. 30.

(16) Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 180.

(17) *I.C.J. Reports*, 1952, p. 192.

LA AUTO-EJECUTIVIDAD DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Otra materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable (“self-executing”) es la relativa a derechos humanos.

Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas (“self-executing”). Hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutados sin una acción legislativa del Estado, como, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Interamericana. Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o al fraseología de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado. Es el caso de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19 y 21(3) de la Convención Interamericana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias. Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes.

La Corte Interamericana ha explicado muy bien la razón de ser de toda Convención sobre Derechos Humanos, en su opinión consultiva de 24 de setiembre de 1982, sobre la entrada en vigor de la Convención. Dijo la Corte:

“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

Como recuerda la misma opinión consultiva, el carácter especial de estos tratados ha sido igualmente reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que dijo:

“el propósito de las Altas Partes contratantes no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales, sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho”.

LA POSICION DE LOS ESTADOS UNIDOS

Los Estados Unidos, sin embargo, sostienen que los preceptos de la Parte I de la Convención Interamericana de Derechos Humanos no son ejecutables por sí mismos (“self-executing”). Fundan esta tesis en el texto del Artículo 2 de la Convención, que dice:

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

En el informe de la delegación de Estados Unidos a la Conferencia de San José de Costa Rica que adoptó la Convención Interamericana se dice, al comentar el artículo 2, que “no es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos del Tratado en la Parte I como siendo ejecutables por sí mismos”. (“self-executing”) (18).

En base a esta disposición del Artículo 2, el Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, al enviar la Convención al Senado, requiriendo su consentimiento, previo a la ratificación, señaló que:

“la Convención comienza con una disposición general sobre no discriminación (Artículo 1) y continúa con la obligación de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para conferirle efecto a los derechos y libertades protegidos por la Convención. (Artículo 2). Mientras la última disposición indica que las disposiciones sustantivas de la Convención no se aplican directamente, con el fin de evitar posibles discrepancias y con el objeto de dejar la implementación sustantiva a la jurisdicción y legislación doméstica, se recomienda la siguiente declaración: Los Estados Unidos declaran que los Artículos 1 a 32 de esta Convención no se aplican directamente”, esto es, no son “self-executing”.

Esta tesis es inadmisibles. La declaración que se propone al Senado no sería una declaración interpretativa, sino una reserva, pues altera el efecto jurídico de las obligaciones asumidas en la Convención. Estados Unidos se colocaría en la cómoda situación de ser parte de la Convención, con todos los derechos que esa calidad apareja, incluida la facultad de denunciar violaciones en otros Estados Partes, y en cambio, no quedaría obligado sino en la medida de su legislación interna se fuera ajustando a las exigencias de la Convención. Conforme al Artículo 75, de la Convención, serían aplicables a esa eventual declaración de Estados Unidos los artículos 19 y siguientes de la Convención de Viena sobre Tratados.

Estos preceptos exigen que la reserva sea compatible “con el objeto y el fin del tratado” y requieren además que ella sea aceptada por los demás Estados partes.

(18) L.B. Sohn y Th. Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, p. 1365.

LA OPINION CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La opinión consultiva de la Corte de 29 de agosto 1986 trata de la “exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” establecido por el Artículo 14, inciso primero, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El Gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del Artículo 14(1) en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención.

El Artículo 14(1) dispone los siguiente:

“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

Costa Rica explicó a la Corte que solicitaba la opinión consultiva “debido a que existe una situación de duda que exige ser definida en cuanto a si en Costa Rica es dable alegar por cualquier persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, el derecho de rectificación o respuesta que establece el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o si tal derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que tal derecho pueda ser concretamente ejercido” (19).

Como se ve, el Gobierno de Costa Rica planteó claramente a la Corte la cuestión del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) del Artículo 14(1) de la Convención.

En contra del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) de este precepto se invocaba el argumento de que la frase “en las condiciones que establezca la ley” solamente facultaría a los Estados partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule.

La Corte rechazó este argumento, y afirmó que la Convención consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, en base a que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (20).

Llegó así a la opinión unánime en el sentido de que el Artículo 14(1) “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” (21).

La opinión consultiva agrega que la frase “en las condiciones que establece la ley” en el Artículo 14(1) “in fine”, se refiere a cuestiones tales como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe

(19) Texto de la Opinión Consultiva, publicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 34-35, par. 8.

(20) Loc. cit., p. 13, par. 14.

(21) Ibid., p. 19, letra A.

publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc.” (22)

Señaló la Corte que:

“el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones que aquellos han contraído según el Artículo 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por “toda persona” sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención” (23).

Como se ve, la respuesta unánime de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue categórica en cuanto al carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) del Artículo 14(1) de la Convención.

Como lo demuestra esta opinión consultiva N° 7, no es suficiente que un artículo haga referencia a la ley, para que pierda auto-ejecutividad. Para que ello ocurra es necesario que la realidad y vigencia del derecho quede expresamente encomendada por el precepto al dictado de una ley o de medidas complementarias. Con este criterio, que es justo, solamente carecen de auto-ejecutividad los Artículos 13(5) sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17(4) sobre igualdad de derechos de los cónyuges; 17(5) sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derecho del niño a medidas de protección; 21(3) sobre prohibición de la usura y 26, sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Todos los demás preceptos de la Parte I tienen carácter ejecutable por sí mismos.

La auto-ejecutividad del Artículo 25 de la Convención Interamericana, que establece el recurso de amparo, ha sido reconocida expresamente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este alto Tribunal, en sentencia de 31 de diciembre de 1986 declaró que:

“el derecho de acceder a un procedimiento de este tipo, como vía adecuada para la protección de derechos fundamentales de las personas, debe ser reconocido plenamente, en obligatorio acatamiento a lo que dispone el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el llamado Pacto de San José de Costa Rica) que nuestro país ratificara por Ley N° 15.737, asumiendo por consiguiente el compromiso de asegurar la real efectividad y vigencia de tal instituto” (24).

Es sumamente importante determinar con precisión si las disposiciones de la Parte I de la Convención Interamericana son ejecutables por sí mismas

(22) *Ibid.*, p. 14, par. 27.

(23) *Ibid.*, p. 15, par. 28.

(24) *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 4, 1986, p. 484, Sentencia anotada por el Profesor Enrique Véscovi, quien, en la nota N° 20, manifiesta su acuerdo con esta conclusión del Tribunal. *Ibid.*, p. 491.

("self-executing"), como lo son todas salvo las indicadas más arriba. En efecto, en virtud del carácter "coadyuvante o complementario" de la protección internacional de los Derechos allí consagrados, como dice el Preámbulo, es indispensable antes de cualquier petición o comunicación "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos". (Artículo 45, cinciso 1º ., letra a).

Si en el proceso de agotamiento de los recursos internos el juez nacional deja de aplicar la Convención como derecho interno, a pretexto de que sus disposiciones no son ejecutables por sí mismas ("self-executing") entonces queda configurada por esa sentencia judicial una violación del Derecho Internacional, por lo cual el Estado es responsable. Eso de lo que ha dicho claramente la Corte Interamericana en su opinión consultiva sobre el derecho de rectificación y de respuesta.

LA OPINION SEPARADA DEL JUEZ URUGUAYO GROS ESPIELL

La opinión separada del Juez uruguayo, Prof. Gros Espiell, en el caso relativo al derecho de rectificación y de respuesta va más lejos que la opinión de la Corte por cuanto contesta el argumento estadounidense en el sentido de que el Artículo 2 de la Convención privaría de carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") a toda la Parte I de la Convención.

Gros Espiell contrapone al Artículo 2, (cuya inserción sin duda constituyó un desacierto que se cometió en la última etapa de elaboración de la Convención) el Artículo 1.1, que dispone:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social".

El Juez uruguayo manifestó que es evidente que el Artículo (2) de la Convención "impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes... Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el Artículo 1 de la Convención... la obligación que resulta del Artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del Artículo 1" (25).

Una conclusión diferente sería "inadmisible porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención, y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados partes del Artículo 1 de la Convención" (26).

(25) *Ibid.*, pp. 26-27, par. 6.

(26) *ibid.*, p. 28, par. 6.

En el mismo sentido ha comentado Monroy Cabra, miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que:

“lo que quiso decir el Artículo 2 de la Convención fue únicamente que los Estados Partes se comprometen a eliminar en el ámbito de su jurisdicción, todos los obstáculos que se opongan a la aplicación de la Convención, pero en ningún momento se adoptó la tesis dualista ni puede deducirse de su texto que los Artículos 1 al 32 no se apliquen directamente como lo pretende la interpretación de los Estados Unidos... Si la Convención Americana busca garantizar derechos de las personas individuales debe interpretarse de suerte tal que pueda aplicarse inmediata y directamente a los particulares...”(27).

EFFECTO DE ESTA OPINION CONSULTIVA RESPECTO DE LA LEGISLACION URUGUAYA EN LA MATERIA

Es de interés señalar el efecto jurídico que esta opinión consultiva de la Corte tiene respecto de la legislación uruguaya que prevé el derecho de rectificación y de respuesta. La ley en la materia, adoptada en 1984, antes de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, concede el derecho de rectificación y respuesta a “toda persona que ha sido aludida o mencionada en una publicación”.

En cambio, el Artículo 14(1) de la Convención reconoce ese derecho únicamente a “toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio”. Por lo tanto, no basta ya que una persona haya sido “mencionada o aludida en una publicación”. Es menester que el individuo que invoca ese derecho haya sido afectado por informaciones inexactas o agravantes que le hayan causado un perjuicio.

En esta forma, una disposición ejecutable por sí misma (“self-executing”) de la Convención ha tenido el efecto jurídico de introducir exigencias adicionales a las que requiere la ley nacional, aún sin derogar ni desplazar a esta última.

Podría acaso observarse que esta conclusión estaría reñida con el Artículo 29, inciso b) de la Convención Interamericana, según el cual:

“ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho y libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes...”

No lo creemos. La exigencia de que la persona mencionada o aludida haya sido perjudicada por informaciones inexactas o agravantes no supone “limitar el goce y ejercicio” del derecho de rectificación y de respuesta sino simplemente exigir que quien lo invoca tenga realmente un interés jurídicamente protegido que justifique la acción que ha entablado ante los tribunales. La disposición de la Convención se limita a hacer explícito el principio fundamental de derecho según el cual si no hay interés no hay acción, que parecía ignorado en la formulación tan laxa de la ley uruguaya.

(27) Monroy Cabra, “Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno”, en la obra colectiva *Derechos Humanos en las Américas a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, Washington D.C., OEA, 1984, p. 141.

COMPETENCIA PARA DECIDIR EL CARACTER EJECUTABLE POR SI MISMO ("SELF-EXECUTING") DE UNA NORMA INTERNACIONAL

Normalmente, y en principio, son las autoridades administrativas y judiciales del Estado las competentes para decidir si una norma internacional, de origen convencional o consuetudinario, es ejecutable por sí misma ("self-executing").

Puede ocurrir, sin embargo, que esta cuestión se plantee y se decida por un tribunal internacional, como ocurrió en el asunto relativo al Artículo 14 de la Convención ante la Corte Americana de Derechos Humanos.

En este caso, tres jueces disintieron, no respecto del fondo del asunto, sino con relación a la admisibilidad de la opinión consultiva.

Los jueces de nacionalidad colombiana, venezolana y estadounidense votaron contra la admisión por la Corte del pedido de opinión consultiva, sosteniendo que el "carácter "self-executing" de un tratado es también en general y salvo disposición especial del mismo, un problema de derecho interno y no de derecho internacional, pues se refiere a si tal tratado adquiere, dada una específica mecánica interna de aprobación, el carácter de norma interna" (28).

La opinión consultiva referida evidencia, sin embargo, que la cuestión del carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") de una norma internacional es susceptible de plantearse ante un tribunal internacional y, en tal caso, la conclusión a que arribe dicho tribunal internacional ha de primar sobre la posición que puedan adoptar los jueces internos, conocer o derogar el derecho de rectificación y de respuesta y si el individuo afectado planteara a través de la Comisión de Derechos Humanos el asunto ante la Corte, es seguro que esta última habrá de llegar a la conclusión de que este desconocimiento o supresión configura una violación del Artículo 14(1), disposición ésta que tiene carácter ejecutable por sí misma. ("self-executing").

El hecho de que la Corte Americana de Derechos Humanos haya llegado a esa conclusión en una opinión consultiva y no en un caso contencioso, no puede modificar la posición de la Corte respecto de la cuestión jurídica planteada.

Esto demuestra que la determinación del carácter ejecutable por sí mismo ("self-executing") de una norma internacional constituye, en definitiva, una cuestión regida por el Derecho Internacional, ya que se trata nada menos que del cumplimiento o la violación de una norma de Derecho Internacional.

LA CONVENCION INTERAMERICANA Y LA CONSTITUCION NACIONAL

Existe una coincidencia fundamental entre la Convención Interamericana y la enumeración de derechos que reconoce la Constitución, lo que explica si se

(28) Opinión disidente de los jueces Nieto y Nikken, p. 37, par. 14. El Juez Buergenthal disintió también respecto de la admisibilidad del pedido de opinión consultiva haciendo suyos "los argumentos que exponen en su opinión" los jueces Nieto y Nikken, p.39, par. 1.

recuerda que el proyecto original de Convención fue redactado y presentado por juristas de nuestro país, (29) y en 1965 el Uruguay tomó el proyecto elaborado por la Facultad de Derecho como posición oficial y lo presentó a la Conferencia Interamericana de ese año.

El Uruguay sólo se vio obligado a formular una reserva al párrafo 2 del Artículo 23, señalando que la Constitución suspende la ciudadanía no sólo por la condición de condenado, sino también por "la condición de procesado en causa criminal de que pueda resultar la pena de penitenciaría". (Art. 80, par. 2 de la Constitución).

No hay, pues, problemas como los que experimentan otros países, de ajustar las normas constitucionales a los preceptos de la Convención, a fin de evitar la violación de la misma. Hay, en todos los casos, salvo el reservado, ausencia de conflicto entre las normas constitucionales uruguayas y las convencionales, por lo que el solo efecto jurídico de las últimas es hacer a las primeras irrevocables, en tanto continúe en vigencia la Convención. Y esto no crea problemas por cuanto no se concibe, a pesar de frecuentes reformas constitucionales, la modificación o disminución del elenco de Derechos, Deberes y Garantías que figuran en la Sección II de la Constitución, que ha sido definida como una especie de Edicto Perpetuo de nuestro régimen constitucional.

En cuanto a ciertos derechos que tienen base meramente legal y no constitucional, como los de rectificación y de respuesta, sin duda el Artículo 14 de la Convención los ha vuelto irrevocables, haciendo así estériles las tentativas de derogación de estos derechos que de tiempo en tiempo promueven las empresas periodísticas.

El carácter ejecutable ("self-executing") de la casi totalidad de las normas de la Parte I de la Convención introduce en nuestro sistema jurídico interno a la utilizada en la Carta Fundamental, pero que ya están implícitos en nuestro ordenamiento jurídico. La Convención habla, por ejemplo, en el Artículo 3, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y en el Artículo 6 de la prohibición de la esclavitud y servidumbre, ambos derechos contenidos implícitamente en el principio de igualdad que proclama el Artículo 8 de la Constitución. Otras disposiciones de la Convención, sin incurrir en inovaciones terminológicas, consagran derechos igualmente implícitos en el sistema jurídico Nacional, como el derecho al nombre (Art. 18), a la indemnización en caso de error judicial (Art. 10), la libertad de buscar y recibir información, contenida implícitamente en el Artículo 29 de la Constitución o el derecho a la nacionalidad (Art.20) amparado por los Artículos 74 y 81 de la Constitución.

Es sólo en ciertos aspectos de detalle y únicamente a nivel legislativo o administrativo y nunca constitucional que el carácter ejecutable ("self-executing") de la mayor parte de las normas de la Convención introduce alguna adición y eventualmente alguna modificación en el derecho interno nacional.

Así, el Artículo 5(4) exige una no siempre respetada separación de procesados y condenados; el Artículo 5(5) reclama que los menores procesados sean separados de los adultos; el Artículo 8(2a) hace necesaria la asistencia gratuita de un intérprete si el inculpado no comprende o no habla el idioma español; el Artículo 8(5) establece el carácter público del proceso penal, salvo en lo necesario

(29) V. Simposio sobre el Proyecto de Convención de Derechos Humanos, publicación de la Facultad de Derecho, Montevideo, 1959, p. 52.

para preservar los intereses de la justicia; lo que supone la ilegitimidad del presumario (que también surge del Art. 22 de la Constitución) y el Artículo 9, en su frase final, puede ser interpretado como exigiendo la retroactividad de la ley penal más benigna, incluso para el caso de pena fijada por sentencia ejecutoriada, lo que modificaría así la parte final del Artículo 15 del Código Penal.

La adición más importante que hace la Convención Interamericana al Derecho Interno está constituida por las restricciones de fondo y procesales que se añaden a las disposiciones de la Constitución en materia de suspensión de garantías.

En cuanto a las restricciones de fondo, el Artículo 27(2) prohíbe la suspensión de los derechos reconocidos por los Artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 y 23, así como la suspensión “de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Se crea así un conjunto de derechos y de garantías intocables, incluso en caso de adoptarse medidas prontas de seguridad.

Una consecuencia importante del efecto ejecutable por sí mismo (“self-executing”) que tiene la Convención, es que esclarece dudas y divergencias interpretativas que han existido en nuestro país acerca de la procedencia del recurso de hábeas corpus en caso de suspensión de garantías o adopción de medidas prontas de seguridad.

La Corte Interamericana, en su opinión consultiva N° 8 afirmó en forma unánime que las garantías judiciales de hábeas corpus y del amparo, consagradas en los Artículos 7.6 y 25.1 respectivamente, subsisten y “no pueden ser suspendidas conforme al Artículo 27.2... porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición” (30). En especial, la Corte consideró que “es esencial la función que cumple el habeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (31).

Asimismo, en la opinión consultiva N° 9, formulada a solicitud del Gobierno de Uruguay, la Corte agregó que las garantías judiciales que subsisten en caso de estados de excepción “deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el Artículo 8 de la Convención”(32).

En cuanto a las restricciones procesales, el Artículo 27(3) de la Convención exige informar inmediatamente a los demás Estados “de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos quizás no sea exacto definir estas últimas restricciones como puramente procesales.

La Corte Europea, en base a una disposición muy semejante al Artículo 27, el Artículo 15 de la Convención Europea, ha declarado en el caso “Lawless vs. Ireland” (Merits) que “corresponde a la Corte determinar si se han reunido las

(30) Opinión consultiva 8/87, de 30 de enero de 1987, pp. 24-25.

(31) *Ibid.*, p. 20, par. 35.

(32) Opinión consultiva N° 9 de 6 de octubre de 1987, par. 41, p. 19.

condiciones establecidas en el Artículo 15 para el ejercicio del derecho excepcional de suspensión de garantías”. La Corte Europea examinó, por sí misma, no sólo si existía un peligro público u otra emergencia que amenazara la vida de la nación, sino también si las medidas adoptadas estaban estrictamente limitadas a las exigencias de la situación y si no contradecían las demás obligaciones que impone el Derecho Internacional. Después de haber afirmado su derecho a llevar a cabo tales investigaciones, ejerciendo así una supervisión sobre la conducta del Gobierno que declara el estado de emergencia, la Corte Europea definió “la emergencia pública que amenace la vida de la nación”, como “una situación excepcional e inminente de crisis o emergencia que afecte a toda la población y constituya una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado”. La Corte Europea llegó a la conclusión de que tal situación se hallaba presente en Irlanda, en vista de la existencia en su territorio de “un ejército secreto dedicado a actividades inconstitucionales y que emplea la violencia para alcanzar sus propósitos”, y en vista también del “incremento sostenido y alarmante de actos terroristas”.