

CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA¹

LA POSICIÓN JERÁRQUICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES SUDAMERICANAS

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto presentar una propuesta de clasificación normativa sobre la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas.

El objetivo de este breve estudio es organizar la investigación jurídica sobre la temática señalada, sentando las bases para analizar diversas alternativas para la resolución de eventuales inconsistencias entre las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y las disposiciones del derecho constitucional.

La cuestión resulta, ciertamente, compleja pues la internacionalización del derecho constitucional o la constitucionalización del derecho internacional conllevan –nada menos– la necesidad de revisar las clásicas teorías sobre la supremacía y fuentes de las normas jurídicas básicas de cada Estado e, incluso, a la reconceptualización de la propia noción de soberanía.

En tal sentido, aquí se ofrece un recorrido por los textos constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil y Uruguay, los cuales servirán de paradigma básico para el análisis de cuatro diferentes opciones fundamentales en

¹ Agradezco especialmente a Diego A. Dolabjian por su colaboración en la discusión de los problemas teóricos que aquí abordo.

relación a la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las normas constitucionales, a saber: a) primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho constitucional; b) jerarquía constitucional del derecho internacional de los derechos humanos; c) jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal, del derecho internacional de los derechos humanos; d) ausencia de referencia expresa a la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional.

II. Presupuestos teórico-conceptuales

Para el positivismo jurídico, los individuos sólo poseen derechos jurídicos en la medida en que éstos hayan sido creados por decisiones políticas o prácticas sociales expresas. Así, las normas jurídicas que componen el sistema jurídico sólo existen en la medida en que hayan sido creadas mediante determinadas decisiones políticas o prácticas sociales expresas³.

La versión del positivismo jurídico desarrollada por H. L. A. Hart⁴ se caracteriza por dar legitimación a la validez de las reglas a través de los actos de las instituciones públicas en los modelos constitucionales aceptados por determinada comunidad por ellas gobernada. En la teoría hartiana, a este modelo máximo se lo llama “regla de reconocimiento”: esta se encuentra directamente relacionada con la validez de las otras reglas del sistema (reglas primarias y reglas secundarias), siendo aquella misma la regla de identificación del sistema jurídico⁵.

Por otra parte, todo sistema de normas y actos jurídicos es, al mismo tiempo, jerárquico y dinámico⁶.

Es jerárquico, porque los actos jurídicos adquieren validez en razón de su conformidad con otras normas jurídicas superiores que dependen, a su vez, de otras normas, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental, que no tiene justificación jurídica, pero se presupone por

² Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. XV.

³ Entiendo por “positivismo jurídico” la teoría del derecho que hace la diferenciación entre derecho y moral, estableciendo que el derecho es el conjunto de normas creadas por la voluntad humana en una determinada comunidad política.

⁴ Cfr. Hart, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, passim.

⁵ Entiende Carlos Santiago Nino que Hart parece admitir que la regla de reconocimiento es la propia Constitución. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 44. A su vez, Hart en el Post-Scriptum aclaró que “la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterios de validez jurídica, la conformidad con principios morales o con valores sustanciales”, y, por lo tanto, su doctrina debería ser designada como “positivismo moderado” o “softpositivism”. Hart, Herbert L. A. “Postescrito” en *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 312.

⁶ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Aremnio Amado, 1979, p. 269.

todas las normas y todos los actos jurídicos del sistema.

Es, asimismo, dinámico porque las normas inferiores y los actos jurídicos no pueden ser tan solo derivados de las normas que condicionan su validez, sino que estas proveen únicamente un marco dentro del cual puede encuadrarse válidamente la creación de las normas inferiores, así como la decisión de los actos jurídicos de aplicación.

En los sistemas jurídicos estatales así concebidos yace en el centro, como bien enseña Raúl Gustavo Ferreyra, la regla constitucional⁷. En efecto, la supremacía de la Constitución es el postulado sobre el cual se asienta el propio derecho constitucional contemporáneo, oriundo de la experiencia estadounidense⁸. Así, la Constitución goza de supremacía jurídica con relación a las demás normas del sistema jurídico, y, como consecuencia, ninguna norma o acto jurídico puede subsistir válidamente en el sistema si fuera incompatible con la misma.

Para Germán Bidart Campos sostener que la Constitución goza de supremacía puede tener dos sentidos diferentes, a saber: a) que la Constitución material es la base o fundamento que otorga efectividad y funcionalidad al orden jurídico-político de un Estado; o b) que la Constitución en sentido formal, por estar revestida de supra-legalidad y supremacía, impone como deber ser que todo el mundo jurídico inferior a ella sea congruente y compatible⁹.

La prueba de dicha supremacía puede encontrarse en la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad de las demás reglas del sistema a través de lo que se conoce como “jurisdicción constitucional”¹⁰.

Asimismo, las Constituciones contemporáneas establecen reglas de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales –como bien enseña Norberto Bobbio– son derechos históricos, ya que surgen a partir de determinado contexto social y cultural de la humanidad, naciendo de forma gradual, modificándose y desapareciendo conforme a las necesidades existentes en las sociedades en un momento dado¹¹.

Así sucedió con el surgimiento de los “derechos de libertad” (o “derechos de primera generación/dimensión”), de los “derechos sociales o prestacionales” (o “derechos de segunda generación/dimensión”), de los

⁷ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, en *Revista Superior de Justiça*, Vol. I, São Paulo, Leud, 2011, p. 35.

⁸ Cfr. Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 84.

⁹ Bidart Campos, Germán J, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 23.

¹⁰ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 109. Traducción de Juan Ruiz Manero.

¹¹ Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, São Paulo, Campus, 2004, p. 25.

“derechos de solidaridad” (o “derechos de tercera generación/dimensión”) y así será con los demás derechos que la humanidad eventualmente considere como fundamentales en el transcurso de su historia.

A su vez, para Ingo W. Sarlet, los “derechos fundamentales” son los derechos del ser humano reconocidos y positivizados en la esfera del derecho constitucional positivo de determinado Estado; mientras que la expresión “derechos humanos”, por su parte, guardaría relación con los documentos de derecho internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con determinado orden constitucional y que, por lo tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y todos los tiempos, de manera tal que revelan un inequívoco carácter supra-nacional (internacional)¹².

Los derechos naturales no se equiparan a los derechos humanos toda vez que la inclusión en el derecho positivo, en normas de derecho internacional, revela la dimensión histórica y relativa de los derechos humanos¹³.

¹² Siguiendo a Ingo Wolfgang Sarlet se puede decir que los derechos fundamentales de primera dimensión fueron los primeros en ser reconocidos por las Constituciones escritas y son oriundos del pensamiento liberal-burgués del siglo XVIII. Estos derechos buscan limitar el poder del Estado en miras del individuo en el sentido de protegerlo contra las arbitrariedades de aquel, razón por la cual también son denominados derechos de defensa. Para hacerse efectivos, basta que el Estado se abstenga de actuar, no interviniendo en la esfera de la libertad individual, siendo, por ello, considerados derechos de carácter “negativo”. Así, a pesar de caracterizarse, sobre todo, por derechos atinentes a la libertad, no se resumen en ellos, abarcando, también, los derechos a la vida, a la propiedad, a la igualdad (formal), a la participación política, entre otros derechos que pasaron a ser presentados de forma genérica como derechos civiles y políticos. Los derechos fundamentales de segunda dimensión surgieron a partir de la influencia de las doctrinas socialista y social de la iglesia, como consecuencia de la grave crisis social surgida del período de industrialización durante el siglo XIX. Estos derechos, a su vez, surgen con el objeto de atribuir al Estado un comportamiento activo para realizarlos. Así, lo que los distingue de los derechos de primera dimensión es su lado “positivo”, pues requieren, en general, que el Estado actúe a fin de garantizar derechos a prestaciones sociales: salud, educación, asistencia social, trabajo, etc. Estos derechos de segunda dimensión están, de esta manera, relacionados a los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos fundamentales de tercera dimensión se constituyen en los denominados derechos de solidaridad y fraternidad. La consagración de éstos deriva de los impactos ocasionados por la evolución tecnológica y científica. La principal diferencia entre ellos y los anteriores citados se encuentra en la cuestión de la titularidad, puesto que, mientras que en la primera y segunda dimensión la titularidad de los derechos pertenece al individuo, en esta tercera dimensión pertenece a todo el género humano, es decir, la colectividad. Son de esta dimensión los derechos relativos al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, a la paz, al medio ambiente y a la calidad de vida, a la conservación y utilización del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, así como a la comunicación. Algunos autores mencionan la existencia de derechos fundamentales de cuarta dimensión. Sin embargo, el contenido de dichos derechos varía. Sarlet enseña que, en Brasil, Paulo Bonavides es un referente en lo que se refiere al abordaje de dichos derechos, ya que defiende el reconocimiento de la existencia de los mismos bajo el argumento de que derivan del fenómeno de la globalización de los derechos fundamentales, entendiendo que esta cuarta dimensión abarca los derechos a la democracia directa, a la información y al pluralismo. Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. p. 54-60.

¹³ En tal sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, refiriéndose al surgimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, expresa que “el derecho natural de Feuerbach y de Carrara, y también el de Bettiol y el de Welzel, se convirtieron en derecho positivo internacional”. Zaffaroni, Euge-

De tal forma, con la referida correlación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, surge lo que Flávia Piovesan llama “derecho constitucional internacional”, entendido como una rama del derecho en la cual se verifica la fusión e interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional¹⁴. Esta interacción asume un carácter especial en cuanto ambos campos del derecho buscan resguardar un mismo valor. No obstante, un rasgo que diferencia los dos planos es la fuente de su creación u origen: los derechos fundamentales como expresión de la fuente estatal, y el derecho internacional de los derechos humanos de fuente supra-estatal (o, incluso, universal)¹⁵.

Y allí pueden surgir inconsistencias, es decir, un enfrentamiento en vez de correlación entre las dos fuentes de producción de normas. Por ello, en un número considerable de casos, las Constituciones contemporáneas establecen disposiciones normativas concernientes al derecho internacional de los derechos humanos, regulando su posición jerárquica en el sistema estatal (y, por cierto, a su vez, el derecho internacional de los derechos humanos incorpora reglas en relación a su observancia respecto del derecho interno de cada Estado).

Enseña Raúl Gustavo Ferreyra que el siglo XXI obligará a una actualización de la propia definición del contenido del derecho constitucional, dado que su “internacionalización” parece inevitable¹⁶. Por esta razón, discurre el jurista que si fuera reconocida la existencia de fuentes de producción jurídica estatal y fuentes de producción jurídica supra-estatal, se estaría amortizando el peso de la controversia y, como consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos podría hospedarse en el ámbito de la noción de derecho constitucional. Mediante esta construcción, el concepto de “sistema constitucional” albergaría en su sentido conceptual tanto las reglas estipuladas en el texto constitucional estatal, como las que, existiendo fuera de éste, tienen también igual jerarquía y nivel, pero no están incorporadas en su marco normativo, a pesar de que algunas compartan la primacía del sistema jurídico estatal.

nio Raúl. “Humanistas en el derecho penal” en *Anuário Superior de Justiça*, Vol. I, Santo Amaro, Leud, 2011, p. 28.

¹⁴ Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional*, 2a ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 45.

¹⁵ En tal sentido, resulta clásico el extenso debate doctrinario entre las posturas monistas y dualistas. Al respecto, consultar: Kelsen, Hans, “Les Rapport de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public”, en RDC, Paris, 1926, Vol. IV, t. 14.

¹⁶ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, en *Anuário Superior de Justiça*. Vol. I, Santo Amaro, Leud, 2011.

III. Cuatro diferentes opciones fundamentales

Siguiendo con el itinerario programado, seguidamente se formula una reseña de las cuatro diferentes opciones fundamentales que reflejan los textos constitucionales de Colombia, Argentina, Brasil y Uruguay.

A. Primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho constitucional: el Art. 93 de la Constitución Política de la República de Colombia

La primera categoría que aquí se presenta se refiere a los textos constitucionales que establecen que el derecho internacional de los derechos humanos prevalece sobre el derecho interno, o sea que gozan de posición jerárquica superior o supremacía sobre el derecho constitucional.

Dicho modelo es característico del artículo 93 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991¹⁷, paradigma normativo de superioridad jerárquica de los derechos humanos en el sistema jurídico. Según Rodrigo Uprimny¹⁸, la Corte Constitucional colombiana decidió con base en el artículo 93 de la Constitución que las normas de los derechos internacionales de los derechos humanos prevalecen en el orden jurídico interno por tratarse de derechos humanos que no pueden ser suspendidos en el Estado de Excepción.

Dicha circunstancia tuvo lugar, conforme al autor, en el momento que la Corte Constitucional tuvo que debatir cuál era el lugar jerárquico que dichas disposiciones ocupan en el sistema jurídico colombiano, ya que existen dos tesis diferentes.

Según la primera, la Constitución de Colombia cuando dispone sobre los principios fundamentales de la República en su artículo 4, establece que las normas constitucionales son las normas predominantes, al decir

¹⁷ **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

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

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

¹⁸ Uprimny, Rodrigo, "Bloque de Constitucionalidad. Derechos humanos y nuevo procedimiento penal", en *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2004. p. 10.

que la Constitución es la norma de las normas¹⁹. De esta primera tesis resultaría, entonces, que si la Constitución entra en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos prevalecería la Constitución.

Sin embargo, en virtud de una segunda tesis, el artículo 93 de la Constitución establece la primacía del derecho internacional de los derechos humanos.

En este debate, en el que por un lado se aboga la primacía de la Constitución y, desde el otro, por la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Constitucional resolvió de la siguiente manera²⁰: si existen dos disposiciones constitucionales aparentemente contrarias –a saber: el artículo 4º que da primacía a la Constitución y el artículo 93 que da primacía a los tratados internacionales–, esto quiere decir que ambos tienen la misma fuerza y jerarquía interna, conformando la figura del bloque de constitucionalidad que, a su vez, es mote de la interpretación y de la valoración de la toma de decisiones en materia constitucional²¹.

B. Jerarquía constitucional del derecho internacional de los derechos humanos: el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Federal de la República Argentina²²

La segunda categoría que se reseña aquí se refiere a los textos constitucionales que disponen que el derecho internacional de los derechos humanos goza de jerarquía constitucional.

Como paradigma de este segundo modelo, en torno a la interacción

¹⁹ Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

²⁰ La decisión de la Corte Colombiana en comento es la Sentencia C-225/95, cuyo argumento central es “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

²¹ Como otro ejemplo, puede citarse también el Art. 13, IV de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año del 2009, dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. El referido artículo también expresa un mandato interpretativo para los derechos consagrados en la Constitución, cuando dice que dichos derechos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

²² La opción es seguir la nomenclatura de la doctrina argentina y designar Constitución Federal Argentina. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Ediar, 2006.

entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, encontramos la Constitución Federal Argentina, reformada en 1994, cuyo artículo 75 inciso 22 elevó al status (jerarquía) constitucional determinados instrumentos internacionales en materia de derechos humanos²³.

Respecto de dicho enunciado constitucional, según Raúl Gustavo Ferreyra²⁴, hay en la doctrina argentina quienes entienden que la reforma constitucional de 1994 incorporó al texto constitucional argentino más de cuatrocientas disposiciones jurídicas provenientes de los once instrumentos internacionales de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, según el enunciado del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Federal Argentina. En tanto que, por el otro lado, hay quienes sostienen –como es el caso del referido autor– que las reglas del derecho internacional de los derechos humanos no fueron “incorporadas” sino que poseen “jerarquía constitucional”.

Más allá de tal interesante discusión doctrinaria, lo cierto es que, en lo que aquí interesa, el modelo constitucional argentino, luego de la reforma de 1994, claramente confiere jerarquía constitucional al derecho internacional de los derechos humanos²⁵.

²³ Artículo 75 inciso 22°. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; 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. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

La Ley 24820 de 1997 otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional argentina. La Ley 25778 de 2003 otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por la Ley 24584.

Al respecto, consultar: Bldart Campos, Germán J, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997; Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

²⁴ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, en *Revista Superior de Justiça*, Vol. I, Salvador, Leud, 2011, no prelo.

²⁵ También en el marco normativo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el artículo 10, establece que rigen en la Ciudad de Buenos Aires todas las declaraciones, derechos y garantías consagrados en la Constitución nacional y todos los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Introduce en el sistema jurídico una regla que impide la denegación de derechos humanos

C. Jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal, del derecho internacional de los derechos humanos: el art. 5º, § 2º y 3º de la Constitución de la República Federativa del Brasil

La tercera categoría que aquí se examina es la solución de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, con la reforma de la Enmienda Constitucional 45 de 2004.

La Constitución Federal Brasileña de 1988 en su redacción original introdujo la regla del artículo 5º § 2º, que dispone que los derechos y garantías expresados en la Constitución no excluyen otros surgidos de tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte²⁶.

Ante dicho dispositivo constitucional, la doctrina brasileña se dividió en las siguientes vertientes acerca de la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos: a) aquellos que reconocen el status supra-constitucional²⁷; b) los que reconocen el status constitucional²⁸; c) los que reconocen el status supra-legal, pero infra-constitucional²⁹; y d) los que reconocen que tienen status de ley ordinaria (status legal)³⁰.

A su vez, la Constitución de 1988 fue modificada a través de la ya citada Enmienda Constitucional 45/2004 para incluir al §3º en el artículo 5º y reconocer el status constitucional de las normas internacionales de derechos humanos, consagrando la doctrina de la jerarquía constitucional de dichos tratados³¹.

Sin embargo, dispone que para recibir el status constitucional de enmienda a la Constitución (valen como poder constituyente de reforma) los tratados deben resultar aprobados a través de quórum calificado, imponiendo su aprobación por el Congreso Nacional en los límites

cuando éstos no se encuentran reglamentados, haciendo suya la tesis de la misma jerarquía entre los derechos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

²⁶ Artículo 5 § 2º. Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte.

²⁷ Albuquerque Mello, Celso, "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal", en Torres, Ricardo Lobo (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, p. 25.

²⁸ Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional*, 2a ed., São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 83. También es esa la posición del Ministro del STF Celso Mello, que en sus votos expresa que dicho diploma legal asienta la tesis de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforman el bloque de constitucionalidad. A su vez, Luciane Klein Vieira entiende que no sólo los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberían tener jerarquía constitucional en Brasil, sino también lo deberían tener los tratados de integración regional. Klein Vieira, Luciane, "La reforma de las constituciones de los estados partes del Mercosur", en *La Ley*, 25 de julio de 2012, p. 5.

²⁹ Actual posición del STF, por mayoría, referente a los tratados ya ratificados al momento de la entrada en vigencia del § 3º del Art. 5º a través de la EC/45, como el Pacto de San José de Costa Rica.

³⁰ Antigua posición del STF (RE80004/SE).

³¹ § 3º Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueran aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

formales que ya venían establecidos en el artículo 60, § 2º del texto constitucional (forma de aprobación de enmienda constitucional). Por lo tanto, impone que para que los tratados internacionales en materia de derechos humanos adquieran el status constitucional cumplan la forma más rígida de aprobación en comparación con la forma de aprobación común de tratados, hasta entonces practicada (aprobación del Congreso Nacional, de conformidad con el Art. 49, I de la CF, o sea, quórum de ley ordinaria).

No obstante la nueva regla introducida por el § 3º, a la fecha sólo la Convención sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas y su Protocolo Facultativo, firmados en Nueva York, fueron internalizados conforme al procedimiento formal de aprobación por quórum de las enmiendas constitucionales.

Por este motivo, prevalece la posición del Supremo Tribunal Federal del status de supra-legalidad, pero no del status constitucional del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo, del Pacto de San José de Costa Rica, tesis que fue inicialmente defendida por el Ministro del STF Gilmar Mendes en la decisión del RE 466343/SP.

Por lo tanto, en el sistema jurídico brasileño, aunque exista la nueva regla del § 3º introducido por la Enmienda Constitucional 45/2004, de hecho, el derecho internacional de los derechos humanos sólo goza de supra-legalidad con relación a las demás normas, pero es jerárquicamente inferior con relación a las normas constitucionales.

D. Ausencia de referencia expresa a la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional: la Constitución de la República Oriental del Uruguay

La cuarta y última categoría que se presenta se refiere a los textos constitucionales que no poseen reglas de interacción acerca del derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional.

Para ejemplificar dicho modelo, cabe citar a la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, con sus reformas, en especial la de 2004. La Constitución uruguaya no posee norma específica sobre la posición jerárquica que corresponde a los instrumentos internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico³².

³² Ante el silencio en la Constitución uruguaya hay dos posibles interpretaciones: a) que el silencio constitucional significa que el tema está irresuelto y nada más, pese al precedente *Gelman Vs. Uruguay*; o b) que el silencio constitucional significa que el tema de la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos queda "diferido" a lo que dispongan los propios tratados. El tema merece profundización con el planteo del siguiente problema teórico generado: Si hubo transferencia de la fun-

Ciertamente, el artículo 6º del texto constitucional uruguayo se refiere a los tratados internacionales en general, pero sin fijar la jerarquía normativa de dichos tratados³³, pese a lo cual la doctrina suele inclinarse por la jerarquía legal de los tratados internacionales³⁴.

No obstante, en el caso uruguayo se presenta un caso paradigmático en la interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el orden jurídico interno, a raíz de la condena decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso “Gelman vs. Uruguay”³⁵.

De allí resultó que, aun sin regla constitucional específica que defina la posición jerárquica de las normas del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno, Uruguay decidió –acatando la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– la anulación de los artículos 1º a 4º de la Ley 15848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado –“Ley de Caducidad”– y la sanción de la Ley 18831 por la que restableció el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado, a los cuales declaró como crímenes de lesa humanidad³⁶.

IV. Consideraciones finales

Con el presente estudio nos propusimos exponer una clasificación de las constituciones, tomando en cuenta la existencia y la conformación de reglas constitucionales que establecen la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de las constituciones sudamericanas.

La proposición presentada es de carácter normativo y epistemológico,

ción típicamente constitucional de fijar la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, hay que reconceptualizar la idea de soberanía expuesta en el Artículo 4º de la Constitución uruguayo que dice: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes”.

³³ **Artículo 6.** En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

³⁴ Klein Vieira, Luciane, “La reforma de las constituciones de los estados partes del Mercosur”, en *La Ley*, 25 de julio de 2012, p. 5; Negro, Sandra, “El Mercosur de Asunción a Olivos: los cambios los cambios de las dos últimas décadas”, en Molina del Pozo, Carlos Francisco, *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, p. 306.

³⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C. No. 221.

³⁶ Sobre el debate sobre los efectos del caso “Gelman vs Uruguay” y la legitimación democrática, puede consultarse Gargarella, Roberto, *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. Inédito, gentilmente facilitado por el autor.

es decir, el problema fue presentar el texto normativo y el problema de la jerarquía en las normas constitucionales.

Con el recorrido se probó que los modelos y la posición jerárquica de las normas de los derechos internacionales de los derechos humanos son variadas, conforme a la opción constitucional del sistema jurídico interno.

Con base en el análisis se puede observar que existen cuatro modelos, a saber: a) cuando existe la previsión constitucional de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: modelo de la Constitución Política de la República de Colombia; b) cuando el derecho internacional de los derechos humanos poseen jerarquía constitucional: modelo de la Constitución Nacional de la República Argentina; c) cuando el derecho internacional de los derechos humanos tiene jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal: paradigma de la Constitución de la República Federativa del Brasil; y, d) cuando la Constitución no hace referencia a la interacción entre derechos internacionales de los derechos humanos y la Constitución: Constitución de la República Oriental del Uruguay.

De hecho, el problema normativo de la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones es el tema central involucrado en los sistemas jurídicos de Sudamérica en el siglo XXI, generado por una consolidación de la práctica constitucional y reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos y derechos fundamentales en la normas constitucionales.