



La Declaración Universal de los Derechos Humanos en la ideología normativa de la Suprema Corte de Justicia

The Universal Declaration of Human Rights
in the Supreme Court's normative ideology

A Declaração Universal dos Direitos Humanos
na ideologia normativa do Supremo Tribunal

Gianella Bardazano

Prof. (G5) de Filosofía y Teoría General del Derecho,
Facultad de Derecho, Udelar (gbardazano@gmail.com)

Lucía Giudice

Ay. (G1) de Filosofía y Teoría General del Derecho,
Facultad de Derecho, Udelar (giudiceglucia@gmail.com)

Resumen

El artículo se propone mostrar una revisión de setenta años de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (1948-2018), buscando identificar en las decisiones jurisdiccionales distintas comprensiones de los efectos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) siguiendo la periodización propuesta por Gros (1999). Asumimos que el reconocimiento o la identificación de materiales como jurídicamente válidos, y la atribución de significado que se concreta en cada decisión, están fuertemente condicionados por la labor de la dogmática jurídica. La ausencia de construcciones dogmáticas lo suficientemente consolidadas se ve reflejada en la ausencia de la DUDH entre los elementos que se integraban a la fundamentación de las decisiones hasta la década del 90. Luego, entre la década del 90 y el 2009, se constatan diferentes usos, como doctrina, como principios generales o como instrumento vinculante, reflejando el estado de desarrollo «en proceso» de la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos, que no era recepcionada por la Corte. A partir de 2009 y con base en la doctrina del bloque de constitucional, esta práctica comienza a cambiar.

Palabras clave: *ideología normativa, fuentes del derecho, jurisprudencia, dogmática, derechos humanos.*

Abstract

The article intends to show a review of seventy years of jurisprudence of the Supreme Court of Justice (1948-2018), seeking to identify in the jurisdictional decisions different understandings of the effects of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) following the periodization proposed by Gros (1999). We assume that the recognition or identification of materials as legally valid, and the attribution of meaning specified in each decision, are strongly conditioned by the work of legal scholars. The absence of sufficiently consolidated dogmatic constructions is shown in the absence of the UDHR among the elements integrated to the basis of their decisions until the 90s. Then, between the 90s and 2009, different uses, as doctrine, as general principles or binding instrument are observed, reflecting the «in progress» state of development of the human rights international Law doctrine, which was not being received by the Court. From 2009 and with base on the constitutional block doctrines, such practice starts to change.

Keywords: *Normative ideology, sources of Law, jurisprudence, legal scholars, human rights*

Resumo

O artigo pretende mostrar uma revisão de setenta anos de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (1948-2018), à procura de identificar nas decisões jurisdicionais distintas compreensões dos efeitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) após a periodização proposta por Gros (1999). Assumimos que o reconhecimento ou a identificação de materiais como juridicamente válidos e a atribuição de significado que é concretada em cada decisão estão fortemente condicionados pela labor da dogmática jurídica. A ausência de construções dogmáticas suficientemente consolidadas reflete-se na ausência da DUDH entre os elementos integrados à fundamentação das decisões até a década de 90. Depois, entre a década de 90 e o ano 2009, constatam-se diferentes usos, como doutrina, como princípios gerais ou como instrumento vinculante, refletindo o estado de desenvolvimento «em processo» da dogmática do direito internacional dos direitos humanos, que o Tribunal não recepcionava. Desde o ano 2009 e com base na doutrina do bloco de constitucional, essa prática começa a mudar.

Palavras-chave: *Ideologia normativa, fontes do direito, jurisprudência, dogmática, direitos humanos*

1. Introducción

La teoría de las fuentes del derecho que han presupuesto históricamente la dogmática y la jurisprudencia nacionales no es única y diáfana. Por el contrario, los cambios en las prácticas de identificación del derecho con el paso del tiempo y, a la vez, la posibilidad de que convivan en la sincronía, diversos criterios de identificación o jerarquizaciones diferentes de los materiales normativos considerados fuentes, supone que las prácticas no exhiben una comprensión unánime sobre cuál es el origen del carácter vinculante del derecho y, por tanto, cómo lo identificamos. En la experiencia jurídica cotidiana no siempre es posible reconocer en las producciones dogmáticas o en la justificación de las decisiones judiciales argumentos explícitos que permitan discernir lo que dichas diferencias o cambios implica desde el punto de vista teórico, en la medida en que son la validez, por una parte, y la posibilidad de considerar que existe aplicación de normas, por otra parte, solo algunos de los problemas teóricos presentes en aquellas diferencias prácticas. De alguna manera, las tensiones entre la ley y la Constitución que es parte del cambio de la concepción del Estado de derecho, son disputas que se libran en la práctica, a través de la comprensión que los actores jurídicos de una comunidad tienen de las fuentes del derecho y cómo determinan el sistema de fuentes (Aguiló, 2015, p. 1020). En ese sentido, esas tensiones que tienen que ver con la distribución del poder político en una comunidad, jurídicamente son canalizadas mediante la discusión sobre las fuentes (su identificación, su carácter vinculante, su jerarquía normativa, las peculiaridades de su interpretación, entre otros asuntos).

Entendemos que una concepción realista de las fuentes nos proporciona un potente equipamiento para explorar y describir las prácticas, con miras a ofrecer una posible reconstrucción de los cambios en el estatus normativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Desde una concepción realista, se considera fuente del derecho a todo elemento que de algún modo influye en el fundamento de las decisiones de los tribunales. Fundar normativamente una decisión en una regla y no en otra es parte de un proceso que se desarrolla institucionalmente, pero que está determinado por actitudes y conceptos, por precomprensiones. En otras palabras, está determinado por lo que Ross describe como «una ideología común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en su calidad de tales» (1997, p. 105). Dicha ideología indica cómo debe proceder el juez para identificar el material normativo decisivo para resolver cada caso que es sometido a su consideración. En este sentido, una forma de producir teoría de las fuentes consiste en describir la forma en que los jueces o tribunales se comportan cuando identifican el derecho. Resulta central conocer qué es lo que los aplicadores consideran como vinculante en su comunidad en un momento determinado y, en la medida que se producen cambios, cuál es el actor de la experiencia jurídica: la dogmática, el legislador, los tribunales, la sociedad civil; que inician o impulsa las transformaciones.

Partiendo de esta aproximación teórica del derecho, el presente artículo procura delimitar en qué modo y a partir de cuándo se reconoce o identifica a la DUDH como jurídi-

camente obligatoria en nuestro país. Para ello, en este trabajo se analiza el tratamiento que la DUDH ha recibido por parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), desde su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, hasta la actualidad. Se optó por la jurisprudencia de la SCJ por tratarse del órgano máximo del Poder Judicial, su jurisprudencia y las variaciones en la recepción de institutos o elaboraciones conceptuales es tenida en cuenta por los tribunales inferiores y por los estudiosos del derecho, tanto para su ejercicio profesional como en el ámbito académico.

2. Acerca de la confección del *corpus* de materiales jurisprudenciales a analizar

Se revisaron todas las sentencias de la SCJ dictadas entre diciembre de 1948 y noviembre de 2018, seleccionando aquellas en que la Declaración fue mencionada en la justificación de las decisiones, en las discordias o en la reseña de las alegaciones de las partes intervinientes en el proceso que se ventila ante la Corte

La búsqueda de sentencias se realizó en dos etapas, atendiendo al respaldo documental con el que cuenta el Poder Judicial. Conforme a la información proporcionada por la sección de Jurisprudencia de la SCJ,¹ las sentencias dictadas con anterioridad al año 1989 se encuentran archivadas en formato papel, reunidas en decreteros correspondientes a cada año. A la fecha no se encuentran disponibles los decreteros correspondientes a los años 1952 y 1959. De forma complementaria, fueron consultados los repertorios de jurisprudencia elaborados por la Sección, correspondientes a los años 1970, 1972 y 1976 al 1988.

La segunda etapa de búsqueda de sentencias —correspondientes al período comprendido entre 1989 y 2018— se llevó a cabo a través de la Base de Jurisprudencia Nacional.

3. Puntualizaciones teóricas y objetivos de la investigación

Asumimos que el reconocimiento o la identificación de materiales como jurídicamente válidos, así como la atribución de significado que se concreta en cada decisión, están fuertemente condicionados por la labor de la dogmática jurídica. En ese sentido, al rol privilegiado que las aproximaciones realistas otorgan a la función judicial en la caracterización del derecho, se agrega el énfasis en la producción dogmática, en la medida que las prácticas interpretativas y argumentativas de los tribunales están mediadas por las construcciones, sistematizaciones y propuestas interpretativas de la dogmática (Tarello, 1976). La dogmática proporciona a los tribunales los instrumentos conceptuales (definiciones, conceptos dogmáticos, doctrinas, clasificaciones, construcciones) y metodológicos (cánones e

instrumentos interpretativos, propuestas de ponderación, creación y solución de antinomias y lagunas, esquemas de razonamiento), que resultan necesarios para la argumentación que aquellos deben desarrollar para fundamentar las decisiones. En todo caso, la práctica interpretativa y dogmática de los juristas condiciona comprensión que los jueces tienen del derecho; por tanto, los elencos de fuentes que reconocen (la posibilidad de identificar alteraciones en esos elencos) y la determinación del alcance y contenido de los enunciados de las fuentes, no puede ser entendida con independencia de la dogmática, o banalizando la significación de su mediación. (Guastini, 2018, pp. 247-252).

Forman parte de este análisis, entonces, las caracterizaciones que los juristas nacionales han realizado respecto de la DUDH y las construcciones dogmáticas que la incluyen, que han sido empleadas por la SCJ en la fundamentación de las decisiones. En este sentido, se realizó un relevamiento de la dogmática nacional internacionalista, constitucionalista, procesalista y de derechos humanos, identificando las publicaciones periódicas más relevantes y la obra de algunos profesores especialmente dedicada al tema que nos ocupa, para cuya delimitación del corpus se tuvieron en cuenta los programas de los planes de estudio de 1957, 1971, 1980, 1984 y 1989.²

En la revisión de los setenta años de jurisprudencia, nos propusimos explorar si era posible identificar en las decisiones de la SCJ una suerte de correlato de la periodización que propone Gros (1999)³ cuando analiza la evolución de las conceptualizaciones sobre el efecto jurídico de la DUDH en el ámbito internacional. Es importante recordar que la caracterización de la evolución en la conceptualización de la DUDH, Gros la desarrolla con la preocupación de dar cuenta de su significación en la formación del derecho internacional de los derechos humanos como campo disciplinar. Por tanto, los hechos políticos de su interés son los pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las Conferencias mundiales e internacionales de derechos humanos, pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia y la correspondiente elaboración doctrinaria. En el mismo sentido, Carrillo Salcedo presenta el «desarrollo normativo» de la Declaración y el «desarrollo progresivo» del derecho internacional de los derechos humanos (1999, pp. 77-101).⁴ Señala que

si en 1948 la Declaración fue proclamada como un «ideal común por el que todos los pueblos y naciones debían esforzarse», con el exclusivo valor jurídico de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que los Estados debían tomar en consideración de buena fe, la Declaración se fue transformando progresivamente, en la práctica internacional, en una interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y en un elemento clave de la estructura constitucional del derecho internacional. [Carrillo, 1999, p. 102]

Hechas estas puntualizaciones, la justificación del interés de la pregunta por la existencia de algún correlato de esa evolución en el ámbito internacional que pueda identificarse en la jurisprudencia de nuestra Corte, se relaciona con la fuerte presencia que en las agendas

política, académica y profesional tienen distintos aspectos de ese fenómeno que se inicia a fines de la década del 70, y que puede caracterizarse como una apertura al diálogo del constitucionalismo con el derecho internacional de los derechos humanos. Ese diálogo se expresa con la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno, que se concreta a través de diferentes mecanismos en los distintos países. Por ejemplo, algunas constituciones nacionales hacen mención expresa (en cláusulas sobre la jerarquía) a instrumentos internacionales que incluyen a la DUDH; o bien, se elaboran construcciones jurídicas (como el «bloque de constitucionalidad») para la atribución de sentido a las cláusulas de derechos implícitos que también la incluyen y le atribuyen jerarquía constitucional en el ámbito interno (Dulitzky, 1998, p. 39).⁵

Es en este marco que la pregunta por la comprensión de la DUDH por los tribunales locales adquiere relevancia, del mismo modo que la adquiere la pregunta por la modificación en las prácticas judiciales que tiene lugar como consecuencia de los cambios en la comprensión de las constituciones nacionales.

Precisamente, la referencia a la década del 70 como la década en la que confluyen agendas políticas y académicas para jerarquizar la relevancia de los derechos humanos como un proyecto internacional de incidencia en el ámbito interno, es también señalada por Moyn (2015) como una consecuencia del activismo de movimientos sociales y actores políticos que, fundamentalmente debido a la experiencia del terrorismo de Estado en América del Sur hacían sus reclamos en el ámbito de los organismos multilaterales de la comunidad internacional en bases a la presencia de violaciones a los derechos humanos (2015, p. 143).⁶ Esa reconstrucción permite entonces hacer referencia a un descubrimiento tardío de las fuentes tempranas, como la Declaración de 1948.

En síntesis, los objetivos generales del presente trabajo, que refleja las primeras etapas exploratorias y descriptivas de una línea de investigación, son: a) contribuir al conocimiento de la ideología normativa de los tribunales; b) contribuir al conocimiento de las transformaciones en la cultura jurídica nacional. Los objetivos específicos de esta etapa en concreto, por su parte, consisten en: a) describir y analizar la evolución de la comprensión de la DUDH en la jurisprudencia de la SCJ en el período 1948-2018; b) describir y analizar la incidencia de la dogmática nacional en dicha evolución; c) explorar la presencia del problema de carácter vinculante de la DUDH en las publicaciones periódicas más significativas entre 1948 y 1990, en la medida que, como se verá en los apartados siguientes no se encuentran en la jurisprudencia de la SCJ en ese período referencias a la DUDH directas ni a través de argumentos dogmáticos; d) describir y analizar el modo en que los cambios globales en la comprensión del fenómeno jurídico se expresan en la producción de conocimiento jurídico en Uruguay.⁷

4. La periodización de Gros y el desarrollo del campo dogmático

En términos de pronunciamientos políticos en relación al valor y fuerza de la DUDH, los hitos que identifica Gros, y que permiten una periodización, son:

Año 1948. La Declaración es entendida como un texto sin fuerza obligatoria (fue aprobada por resolución de la Asamblea General), una mera recomendación, entendido como un «instrumento de carácter moral y político», «proclamaciones de carácter declarativo», «pautas que los Estados debían seguir en un proceso evolutivo» (Gros, 1999, p. 39). En 1962, la Comisión de Derechos Humanos solicitó una opinión a la Secretaría General de la ONU en torno a la diferencia existente entre *declaraciones* y *recomendaciones* en lo que concierne a sus implicancias jurídicas. La Secretaría General respondió que: en la práctica de las Naciones Unidas, una declaración es un instrumento formal y solemne, adecuado para aquellas raras ocasiones en que principios permanentes y de gran importancia están siendo enunciados, tal como la DUDH. Una recomendación es menos formal. Aparte de la distinción ya indicada, no hay diferencia. Tanto una declaración como una recomendación son adoptadas por resolución de un órgano de Naciones Unidas. Como tal, no puede ser vinculante sobre los Estados miembros (Novak Talavera, 1998, p. 79).

Año 1968. En la Conferencia de Teherán sobre DD. HH. fue aprobada la llamada «Proclamación de Teherán» que declara que «la DUDH enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional». Es decir que los representantes de los Estados en la Conferencia le atribuyeron el carácter de «instrumento internacional obligatorio para los Estados» (Gros, 1999, p. 41).

Año 1993. Conferencia de Viena sobre DD. HH. Señala Gros (si bien el texto del documento no es tan contundente) que en esa Conferencia «la comunidad [vuelve a declarar] que la Declaración Universal es fuente de obligaciones jurídicas» (Gros, 1999, p. 41).

En cuanto a las construcciones dogmáticas que concretaron el paso de un instrumento declarativo a uno jurídicamente obligatorio, Gros menciona dos enfoques: A) la doctrina que recurre a la noción de costumbre internacional, que a su vez admite la identificación de dos momentos: a) la concepción tradicional de la costumbre que requería que el elemento material se manifestara durante un considerable período y b) la concepción más contemporánea, que incorpora las nociones de costumbre instantánea o de *soft law* (Gros, 1999, p. 42); B) la doctrina que recurre a la noción de «principios generales» para caracterizar a la DUDH (Gros, 1999, p. 42).

Recientemente se ha señalado —recuperando la comprensión de la Declaración como instrumento con valor moral y político— que el texto del artículo 28^o de la Declaración enuncia «un derecho moral que tienen todas las personas, cuya satisfacción requiere un orden global nuevo y cuya satisfacción es también condición necesaria de la justicia global» (Hierro, 2016, p. 227). Lo novedoso es que la noción de justicia global no se refiere a

las relaciones entre Estados sino a las relaciones entre individuos que pertenecen a comunidades políticas independientes (2016, p. 230).

El «desarrollo progresivo» expresado en la periodización de Gros, en la medida que se apoya en construcciones dogmáticas relativas a la doctrina de las fuentes, permite diferenciar el trabajo constructivo de la dogmática del trabajo conceptual de la teoría. Es decir, la evolución de la comprensión de la DUDH no pone en cuestión que siempre se trató de un instrumento con contenido normativo, sino que da cuenta de los esfuerzos y tensiones propias del campo dogmático acerca de cuál es el contenido, en este caso, del derecho internacional.

Nuestra preocupación es, en cambio, detectar, para luego describir y analizar, las concepciones del derecho que subyacen a las construcciones dogmáticas en las cuales se apoya la Corte cuando incluye a la Declaración en la fundamentación de las decisiones. A propósito de ello, es interesante recordar la opinión de Real en la conferencia dictada el 10 de diciembre de 1962, en ocasión de la celebración del aniversario de la DUDH. El «ideal común de la humanidad», que encuentra expresión en la Declaración Universal es que «los derechos fundamentales de la persona humana mantienen su valor de supremos postulados finalistas a lograr por los órdenes jurídicos nacionales no obstante la disminución de la autonomía individual» producida por la expansión del Estado de Bienestar (Real, 1963, p.6).

En la declaración de 1948 también se nota, clarísima, la marca de la filiación [iusnaturalista], el influjo de las declaraciones del siglo XVIII, pues comienza diciendo que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables». [Real, 1963, p. 7]

Real, cuando se refiere a las marcas iusnaturalistas del texto, lo hace en términos de «ideología» (1963, p. 5 y 8) o «filiación», igual que al referirse al artículo 72 de la Constitución. En ese sentido, agrega que «la ausencia de sanciones organizadas y de recursos jurisdiccionales efectivos ante tribunales internacionales, en los casos de violación de los derechos humanos, convierten en ilusoria y teórica, casi pura propaganda, a esta Declaración» (Real, 1963, p. 7), «un simple manifiesto» (1963, p. 9).

5. La DUDH en la jurisprudencia de la SCJ

En consonancia con la periodización expuesta, la SCJ no incluye a la DUDH en la justificación de sus decisiones hasta el año 1990. En este sentido, la primera sentencia que se ha podido identificar es la 34/1990 en la que simplemente menciona a la Declaración al referirse al derecho al debido proceso, sin hacer consideraciones expresas acerca de su obligatoriedad:

Lo actuado en los procedimientos aludidos no podría en ningún momento esgrimirse en favor de la tesis de la recurrente. Tal accionar es violatorio del debido proceso, como ingrediente esencial del proceso, pues sin que la parte tenga «su día» ante el Tribunal, no es legítimo afirmar que hay actuaciones válidas. (Cf. Charles Evans [Hughes],⁹ la Suprema Corte de Estados Unidos, p. 171 y Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 10).

Cabe aclarar que, si bien en la sentencia se hace referencia a la «Declaración Universal de los Derechos del Hombre», teniendo en cuenta el contexto en el que se cita y el contenido del artículo 10 citado, es de suponer que la SCJ incurrió en un error de redacción, pretendiendo en realidad referirse a la DUDH.¹⁰

En lo que sigue, no se identifican cambios en la práctica reseñada a pesar de que, en el año 1993, cuando la SCJ refiere a la dignidad humana como un atributo de la personalidad humana que forma parte del sistema jurídico desde la Declaración en análisis. Así, expresa:

La afirmación de que la indicación de antecedentes no supuso invasión de la privacidad del actor no es aceptable, ya que consistió en una publicación de antecedentes personales reservados (existencia de un Tribunal de Honor y un proceso penal) con un fin espurio y sin interés público que lo legitime. Todo ello sin duda, supone una agresión al derecho a la dignidad, atributo de la personalidad humana, que forma parte de los sistemas políticos y jurídicos desde la Declaración Universal de los derechos humanos, proclamada por las Naciones Unidas en París, en 1948.¹¹

Hasta el año 2008, se observa que, de forma prácticamente constante, la DUDH es utilizada por la SCJ en la argumentación de sus decisiones como doctrina y no como fuente normativa vinculante. Esto cambia con la sentencia 43/2008, en la que se menciona expresamente la «fuerza vinculadora» de la DUDH, aunque sin referencias que permitan profundizar en los argumentos que fundamentan dicha consideración.¹²

A partir del año 2009 con la sentencia 365/2009 relativa a la inconstitucionalidad de la Ley de caducidad, la SCJ presenta una nueva posición respecto a los instrumentos de protección de los derechos humanos. Afirma que los «instrumentos de derechos humanos» son parte integrante del bloque de constitucionalidad, que ingresan a nuestra Constitución a través de su artículo 72: la Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

A propósito de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley más gravosa, en 2016 (sentencias 124, 125, 126, 152, 153, 185, 203, 212, 217, 262, 263, 367, 407),¹³ las discordias de la ministra Martínez en los procesos de declaración de inconstitucionalidad de la ley 18.831, señalan:

la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, también consagró este importante principio en su artículo 11, que dispone: «Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional». En 2017, la fundamentación de las discordias mencionadas pasa a integrar textualmente la justificación de la decisión n.º 680/2017 y, luego, a esta remite la sentencia del 2018 n.º 251/2018.

En definitiva, lo observado en las prácticas de la SCJ permite identificar coincidencias con la periodización de Gros y el carácter de las menciones a la DUDH por parte del órgano jurisdiccional en sus decisiones.

6. La DUDH en la dogmática nacional

Gros, en ocasión del 54 aniversario de la DUDH se preguntaba:

¿Cómo ha tratado la doctrina uruguaya el tema del valor jurídico de la Declaración Universal? (...) La cátedra de Derecho Internacional de nuestra Facultad, ha sido casi impermeable al tema del valor jurídico de la Declaración Universal. Lo ha tratado en general, salvo algún caso, muy poco. (...) En la cátedra de Derecho Internacional ha sido un asunto casi olvidado el del valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En cambio, en las cátedras uruguayas de derechos humanos el tema ha sido tratado. Está aquí el Dr. Urioste que lo ha estudiado. Y yo lo he tratado también, reiteradamente en el Uruguay y en diversas conferencias en el exterior y en múltiples trabajos y libros. [Gros, 2002, p. 18]

Las elaboraciones de la dogmática nacional en cuanto a la fuerza vinculante de la DUDH coinciden —en términos generales— con la caracterización efectuada en la periodización de Gros. A efectos de su mejor visualización, la tabla que sigue incluye ejemplos de la dogmática nacional y sus pronunciamientos en cuanto al punto analizado, agrupándolos según las etapas indicadas en el apartado 3 del artículo.

En función de los datos que surgen de la tabla 1 que se agrega a continuación, en la primera etapa (1948-1968), la mención a la DUDH es poco frecuente en la dogmática nacional. En los casos en los que se refiere a ella, afirma que encarna un «ideal común» de los Estados miembros de las Naciones Unidas, así como su «fuerza moral». No se identifican referencias a su obligatoriedad.

Tabla 1. Referencias de la dogmática nacional a la fuerza vinculante de la DUDH, primera etapa (1948-1968)

<p>«Es esta una manifestación [la aprobación de la Declaración] que puede calificarse de histórica y con su adopción las Naciones Unidas cumplen con uno de sus principios y propósitos fundamentales. Una vez que haya sido aprobada esta enumeración de los derechos humanos esta Declaración vendrá a constituir una especie de prolongación de la Carta». [Armand Ugón, 1951, p. 25]</p>
<p>«La Declaración Universal de Derechos Humanos «constituye el catálogo de los derechos humanos fundamentales a que se refiere la Carta y significa, en realidad una especie de interpretación que ha dado la Asamblea General, que es el órgano autorizado para pronunciarse en esta materia sobre el alcance del párrafo c del art. 55». [Jiménez de Aréchaga, 1958, p. 442]</p>
<p>«El concepto de lo que jurídicamente debe entenderse por libertad de información no nos es suministrado con total claridad, ni por la doctrina ni por el derecho positivo. Quizás este fenómeno encuentre su explicación en que la mencionada libertad, considerada autónomicamente, es decir, con jerarquía propia, distinta de las otras libertades, todavía no ha logrado adquirir carta de ciudadanía en los textos de derecho. Ya tendremos oportunidad, más adelante, de detenernos en el estudio de las Constituciones europeas y americanas; pero ahora, a los efectos de lograr desentrañar qué es la “libertad de información”, comenzaremos citando el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en la capital francesa el 10 de diciembre de 1948. [...] Hasta aquí nuestro recorrido por el panorama que nos ofrece la doctrina». [Semino, 1963, p. 174]</p>
<p>«Este ideal común de la humanidad encuentra su expresión en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada en ejecución de la Carta de San Francisco, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en París el 10 de diciembre de 1948 (...) Pero la ausencia de sanciones organizadas y de recursos jurisdiccionales efectivos ante tribunales internacionales, en los casos de violación de los derechos humanos convierten en ilusoria y teórica –casi pura propaganda– a esta Declaración, a semejanza de la francesa de 1789. La carencia de sanciones en esta declaración ha hecho decir que sus disposiciones “son obligatorias, mas no son ejecutoriadas”, mientras que otros eminentes autores, les niegan valor jurídico, y la consideran, tan solo <i>guiding principles</i>». [Real, 1958, pp. 217-218]¹⁴</p>

«En primer lugar al proclamar un ideal común de la humanidad entera posee una fuerza moral incontrastable, ya que sus normas se proyectarán no solo sobre la opinión pública mundial sino que habrán de servir de fuente uniformadora de las legislaciones nacionales. En segundo lugar desde un punto de vista estrictamente jurídico, su valor no puede ponerse en duda porque se adoptó por una decisión de la Asamblea General en una materia propia de su competencia. Pero además, al definir, precisar y enumerar los derechos consagrados global y genéricamente en la Carta, tiene sin duda, usando las sabias palabras de Lauterpacht una autoridad jurídica indirecta ya que a través y por medio de ella, la Carta se hace en esta materia aplicable y sus normas “exigibles”». (Gros, 1966, p. 11)

Fuente: elaboración propia en base a revisión de literatura dogmática

Como puede observarse en la tabla 2, a partir de 1968, las referencias en la dogmática nacional a la DUDH aumentan considerablemente y se expresa, en general, que sus contenidos tienen carácter de principios, más no poseen carácter obligatorio, atendiendo a la propia forma de «declaración». Sin embargo, aparecen elaboraciones —como las de Gelsi Bidart (1971) — en las que parece otorgársele a la DUDH la misma jerarquía normativa que las leyes nacionales.

Tabla 2. Referencias de la dogmática nacional a la fuerza vinculante de la DUDH, segunda etapa (1968-1993)

<p>«LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO RECONOCIDOS POR LAS NACIONES CIVILIZADAS. Parece ocioso, en este caso, realizar un análisis detallado del derecho comparado, desde el momento que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos —proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, sin ningún voto en contra, como un «ideal común» de todos los Estados miembros— se incluye el art. 10, que dice: [...]». [Pérez, 1969, p. 32]</p>
<p>La Declaración Universal de Derechos Humanos es en esta etapa considerada un texto internacional equiparable a cualquier a los de cualquier otro ordenamiento extranjero:</p> <p>«II. REFERENCIA EN TEXTOS. A) Internacionales. 6. La Declaración Universal de Derechos Humanos (10.XII.1948) se refiere a la acusación para integrarla en un proceso». [Gelsi Bidart, 1969, p. 206]</p>
<p>«El derecho a la vivienda, como principio universal. Vaz Ferreira entendía que debe reconocerse como mínimo derecho humano, como mínimo de “derecho individual”, el de cada hombre a habitar en su planeta y en su nación. Este principio ha sido recogido por la Constitución de la República, a través de variantes de redacción, desde 1934 (...). Pero este principio trasciende del derecho nacional, integrando lo que ya es patrimonio jurídico de</p>

toda la Humanidad. Así, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (sic), sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y votada por la República se proclama que [...]». [Nicolliello, 1969, p. 9]

«En el proceso de divorcio basado en la causal de adulterio aunque la condena sería preceptiva a tenor del art. 182 citado, también cuando es el único proceso planteado (...) el tribunal, procesalmente hablando, debería plantearse el problema de si tal condena accesoria se encuentra vigente. En efecto, pronunciado el fallo de divorcio por la referida causal, el tribunal debe para dictar condena, establecer si la mujer está legitimada (pasivamente) para ello, lo cual lleva a comparar el art. 182 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10.XII.1948), ratificada por nuestro país y con la ley 10.783 de 6.IX.1946, sobre Derechos Civiles (o capacidad civil) de la Mujer, para determinar si resultan compatibles el viejo texto del Código Civil con estas nuevas disposiciones, que tratan de poner a nuestro ordenamiento positivo al día con la transformación social, psicológica y moral que ha experimentado la humanidad en lo que respecta a la situación de la mujer en el mundo. Nuestro punto de vista —pero no se trata de un problema procesal— es que existe incompatibilidad y, por ende, que el art. 182 del Código Civil está derogado. [...] La Declaración Universal de Derechos Humanos, realizada por la UN en 10.XII.1948, dispone en los arts. que se citan: 1.º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”. 2.º: [...] “1. Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo [...]”. 7.º: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación [...]”. 17.º: “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. La igualdad de sus sexos impide que se castigue (económicamente) a la mujer, por un hecho que, en el caso de cometerse por el hombre, carece de toda sanción. En un caso de la jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia (integrada por De Gregorio, López Esponda, Achard y Pi; disconforme, Bouza) en sentencia 9.X.1961 (*La Justicia Uruguaya*, t. 45, 1962, n.º 5740, pp. 453-455) dispuso que no existía inconstitucionalidad, por cuanto no se trataba de manera desigual a personas abarcadas en la misma situación, sino de igual manera a todas (i. e., todas las mujeres casadas). Nos parece que nuestro tribunal, en el caso, olvidó que no se trata de comparar entre sí a las “mujeres que se casan”, sino a las “personas que se casan”: de hacerlo habría advertido que se trataba desigualmente a la mitad de las personas que se casan (que constituye por otra parte, más de la mitad de las personas que integran nuestra población), en virtud de su sexo. ¿Y si fuera en virtud de su raza, o religión, o color, etc., no habría desigualdad?». [Gelsi Bidart, 1971, p. 72]

«Los juicios de valor que deben introducirse en el derecho público de todos los pueblos, como mínimo común denominador, son los establecidos no solo en la Carta de las Naciones Unidas y en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos de 1948 y [1966] (Pactos Internacionales primeramente de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, luego de Derechos Civiles y Políticos), sino, en general, en el imperativo de realización del Estado democrático y social de derechos postulado en Occidente tras la insuficiencia de los esquemas puramente formales del liberalismo burgués». [Cortiñaz y García de Enterría, 1971, p. 5]

«En tal sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos es lo suficientemente significativa, en el plano programático mundial, que tiene también general correspondencia en las Constituciones de casi todos los países». [Gelsi, 1972, p. 8]

«Según la Carta las resoluciones de la Asamblea General dirigidas a los Estados tienen la naturaleza de recomendaciones. Estas resoluciones no se mencionan entre las fuentes del derecho enumeradas en el artículo 38 del Estatuto». [Jiménez de Aréchaga, 1980, p. 38]

«La Declaración Universal fue adoptada por medio de una resolución de la Asamblea General; no siendo un Tratado no habría de tener el carácter vinculante de este tipo de actos internacionales. Pero concebida inicialmente para tener fundamentalmente un valor moral y político, adquirió luego verdadero carácter obligatorio; ya sea porque se le consideró una expresión de la costumbre internacional en la materia, como una interpretación o prolongación de la Carta a la que la Comunidad Internacional atribuyó reiteradamente fuerza vinculante, o como expresión de unos principios generales que por su naturaleza fundamental poseían en sí mismo este carácter. Adoptada en 1948 sin ningún voto en contra, pero con varias abstenciones, cuando los miembros de las Naciones Unidas pasaban apenas de cincuenta, antes del proceso de descolonización, ya en 1968 en la Declaración de Teherán, más de 120 Estados proclamaron unánimemente, sin ninguna abstención ni ningún voto en contra, la obligación jurídica de respetar sus disposiciones. Y este extremo se sostuvo luego de manera reiterada por la Asamblea general como expresión de la aquiescencia, de la unanimidad de la comunidad internacional actual». [Gros, 1988, p. 31]

«La Declaración se ha transformado así en un verdadero mito, universal e intocable, en un texto siempre elogiado y en todas las ocasiones citado como elemento de referencia, cuyo obligatorio respeto se invoca y proclama constantemente. Ha influido de manera determinante en todo el desarrollo y la evolución posteriores de la cuestión de los derechos humanos en el campo internacional, tanto en el ámbito universal como en el regional. Y asimismo ha incidido de manera capital en el derecho interno de los Estados miem-

bros, ya sea como fuente y modelo de las nuevas Declaraciones constitucionales de derechos o como elemento hermenéutico necesario para la interpretación de las normas constitucionales pertinentes». [Gros, 1988, p. 31]

«La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no crea normas jurídicas directamente obligatorias para los Estados; propicia en cambio el nacimiento de reglas que recojan sus soluciones en la fuente consuetudinaria o en futuros tratados en relación a esta materia por la gran autoridad que le confiere el haber sido dictada como «Declaración» y el masivo apoyo brindado a su contenido [...] [las declaraciones de la Asamblea General] pueden tener un «efecto generador» cuando la Resolución crea una norma nueva, *de lege ferendae*, regla programática, que no ha cristalizado ni viene cristalizando todavía y a partir de su aprobación los Estados van ajustando su práctica a los términos de tal Resolución en consideración a la importancia política que poseen o, como en el caso de la Declaración de 1948, por la autoridad moral de sus disposiciones [...]. Por último, y en el caso resulta la influencia más importante, esta Declaración propició la negociación, aprobación y entrada en vigor de tratados multilaterales que regulan, ahora sí, en forma obligatoria, todos o algunos de los temas de que se ocupa la Declaración». [Arbuet, 1990, pp. 38-39]

«Declaraciones que como dijo el profesor Arbuet no tienen efectos vinculantes. Eso no quiere decir que carezcan de efectos jurídicos porque sirven para la interpretación, sirven como guía, sirven para complementar la costumbre, etc., etc., pero no son vinculantes como lo son los pactos o los tratados». [Biasco, 1990, p. 50]

Fuente: elaboración propia en base a revisión de literatura dogmática

La tercera etapa de la periodización (1993 hasta la actualidad) se caracteriza por la consideración de la DUDH como jurídicamente obligatoria. En este sentido, en la tabla 3, se observa el aumento en la producción dogmática nacional que la referencia. Asimismo, a través de la evocación a diversos argumentos, se confirma la caracterización realizada por Gros. La DUDH, según las expresiones recogidas en la tabla, es considerada por la dogmática nacional de referencia en la materia, como una fuente de obligaciones jurídicas exigibles.

Tabla 3. Referencias de la dogmática nacional a la fuerza vinculante de la DUDH, tercera etapa (1993-actualidad)

«Además, de existir diversas disposiciones constitucionales que, en forma expresa, pretenden resolver ese problema, a lo que, incluso se llegaría por aplicación del art. 72 del mismo cuerpo normativo, existen otras normas que dan respaldo jurídico a la admisión de esta nueva modalidad del principio de igualdad, recordando en tal sentido, la existencia de pactos internacionales celebrados por el país, con indudable fuerza vinculatoria, lo que

incluye a la Declaración Universal de los Derechos Humanos». [Valdés Costa, 1996]

«Sin dejar de reconocer que han existido diversas posturas en el ámbito doctrinario acerca del valor jurídico del referido instrumento y de su fuerza vinculante, ya que la Declaración Universal de Derechos Humanos, al ser adoptada por una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, no tomó ni observó las formas ni las formalidades de un Tratado o de una Convención de carácter internacional, lo cual hace discutible su fuerza coercitiva, la misma ostenta un efecto moral al margen de toda la discusión». [Ruibal, 2001, p. 124]

«La importancia de la Declaración Universal sobrepasa el acto solemne de su proclamación. Ella se ha convertido en el símbolo de un sistema jurídico —el derecho de los derechos humanos— que trasciende los órdenes jurídicos internos e internacionales, para lograr el propósito establecido en el Preámbulo: convertirse en la concepción común que une a los hombres y mujeres por encima de las fronteras nacionales [...]. Es común, que quienes se aproximan a los temas de derechos humanos, cuando hacen referencia a esta Declaración o a otros instrumentos análogos, se sientan obligados a dejar constancia de los incumplimientos notorios que existen, a los efectos de quitarle méritos a este tipo de documentos. Es un modo de acercarse al mundo del derecho que no deja de manifestar una actitud que me produce cierta perplejidad. El derecho como producto humano, tiene siempre un grado de acatamiento que es susceptible de apreciarse y evaluarse. Con los derechos humanos ocurre, quizás por su alto contenido ético, que el observador utilice una óptica orientada más a resaltar las violaciones que a constatar su aceptación y cumplimiento. La denuncia de sus violaciones pretende no solo mostrar normativas sino también, así lo creo, de un modo inconsciente, reafirmar los valores que fundamentan este sistema. La internacionalización de los derechos humanos, desarrollada a partir de la Carta de las Naciones Unidas, ha traído cambios sustanciales en muchos institutos del derecho internacional público y esta transformación, que no se detiene, sigue guiada por los objetivos expresados en la Declaración. Esta circunstancia se manifiesta en la necesidad de nuevos instrumentos que se adapten a los cambios mundiales y que aseguren la protección de la persona humana cuando la protección nacional ha dejado de garantizar derechos reconocidos». [Urioste, 2001, p. 10]

«La DUDH no contiene recomendaciones a los Estados, ni disposiciones relativas a recursos jurídicos en caso de violación, ni crea en forma directa, obligaciones jurídicas. Pero en el curso de los debates de la Asamblea General, se sostuvo que era una interpretación de la Carta de las NN. UU. por lo que vinculaba a sus órganos, que contenía derechos internacionales consuetudinarios o principios generales de derecho, y que su aprobación indicaba

que los derechos humanos eran una cuestión de interés internacional. H. Lauterpacht ha señalado que la DUDH es una expresión de ideales, que, a su debido tiempo, deben convertirse en principios de derecho reconocidos y ser aplicados en general por los Estados Miembros de las Naciones Unidas». [Biasco, 2001, p. 73]

«Un texto clásico y vivo, como es la Declaración Universal, tiene, como consecuencia de su permanencia, un sentido evolutivo, en función de los diferentes momentos históricos en que se interpreta y aplica y, consiguientemente, de las realidades y perspectivas distintas que en cada situación existen y se generan». [Gros, 1999, p. 15]

«Hay varios puntos en los que el progreso jurídico y el desarrollo político y científico han dado a la Declaración Universal un nuevo perfil y una significación distinta a la que tuvo originariamente [...]. En 1948 la Declaración Universal se concibió como la expresión de un ideal, como un texto que no podía considerarse como fuente de obligaciones internacionalmente exigibles para los Estados, ya que no era un tratado, sino que su adopción fue el resultado de una resolución de Asamblea General. Se dijo que, en esencia, sería solo una fuerza política y moral, y que debía ser un modelo inspirador de los textos constitucionales de los Estados, de las conductas gubernamentales. Cincuenta años después, como consecuencia de un complejo proceso político jurídico, en cierta forma revolucionario y ejemplarizante en el derecho internacional, la Declaración Universal —a pesar de no poseer carácter convencional— se considera como un instrumento del que resultan obligaciones jurídicas exigibles, como una verdadera fuente de derecho internacional». [Gros, 1999, p. 16] «La materia de los derechos humanos, quizás el espacio más dinámico y renovador del derecho internacional, se ha ampliado y continúa expandiéndose cada día. De tal modo la Declaración Universal, que está en la base de este proceso de expansión, se enriquece y, en cierta forma, adquiere un sentido renovado con cada etapa del proceso inagotable de formalización de nuevos derechos, que responden a las exigencias de las necesidades humanas en el siempre abierto y sin fin proceso de la historia». [Gros, 1999, p. 18]

«La importancia de esta Declaración resulta ser fundamental en lo que se refiere a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales básicos que habrán de ser protegidos, considerándose en el momento actual una fuente importante del derecho internacional de los derechos humanos. Para parte de la doctrina su observancia es de carácter obligatorio». [Blengio, 1999, p. 58]

«En esta rápida referencia al contexto latinoamericano en la materia, es interesante ver que estas soluciones constitucionales sumadas al avance del derecho internacional de los derechos humanos, han permitido que en mu-

chos países, sin necesidad de incorporar disposiciones constitucionales referidas a los tratados, pactos y declaraciones, se postule el rango constitucional de todos los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos internacionales, basándose, exclusivamente, en las soluciones tradicionales de que los derechos humanos son inherentes a la personalidad humana [...]. Lo anterior conduce a la necesidad de coincidir con Nogueira, en que en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana» (Risso, 2006, pp. 113-114)

«Diferentes teorías fundan la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...]. Nos afiliamos junto con gran parte de la doctrina, a la que afirma que es la Declaración una prolongación conceptual y jurídica de la Carta de las Naciones Unidas que concreta y desarrolla los derechos invocados en tal documento. Por ende, de carácter obligatorio». [Blengio, 2008, p. 61]

«Tal cual se ha referido la Declaración Universal y la Declaración Americana del año 1948 son consideradas hoy mayoritariamente, textos jurídicos de carácter obligatorio». [Blengio, 2008, p. 67]

«Hay que destacar que el Uruguay fue en 1948, casi el único país que sostuvo el valor jurídico obligatorio de la Declaración, frente a la mayoría, que le daba solo una fuerza moral y política. Armand Ugón consagró entonces, lo que luego consagró la doctrina y la jurisprudencia al decir: La Declaración Universal de Derechos Humanos se deriva de varias disposiciones de la Carta y está inspirada en uno de los más nobles principios de las Naciones Unidas, constituyendo un complemento natural de ella. En consecuencia, su vigencia y el respeto de sus disposiciones serán obligaciones de los Estados miembros». [Gros, 2008, p. 121]

«El derecho internacional de los derechos humanos es parte del ordenamiento jurídico uruguayo con jerarquía constitucional en mérito a lo dispuesto por los citados art. 72 y 332 de la Carta y, por ende, debe ser tenido en cuenta para juzgar la inconstitucionalidad de las leyes. Así que, sin necesidad de definir si ese *ius cogens* prevalece o no sobre la Constitución, basta saber que prevalece sobre las leyes que pretendan desconocerlo». [Castro, 2009, p. 144]

«Si bien este texto no es de naturaleza convencional pues se trata de una declaración, resulta casi unánimemente aceptada su obligatoriedad jurídica». [Blengio, 2016, p. 115]

«Pues a todo lo señalado en relación a lo que estrictamente expresa la Constitución en los artículos que incluyen referencias a los derechos humanos, deberá complementarse y armonizarse necesariamente con los derechos que emanan de la fuente internacional. Dentro de esta incluimos los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos. Así también los derechos que emanan de declaraciones». [Blengio, 2016, p. 144]

«La Declaración Universal ha pasado en pocos años de ser un ideal común de la Humanidad, a ser una fuente de obligaciones jurídicas exigibles». [Coorea Freitas, 2017, p. 51]

Fuente: elaboración propia en base a revisión de literatura dogmática

Si bien la consideración de la DUDH como jurídicamente obligatoria se mantiene a lo largo de todo el período, es posible identificar variaciones en los argumentos que justifican la obligatoriedad de la DUDH. En este sentido, la línea punteada en la tabla 3 pretende mostrar el momento (2006) en que en la dogmática nacional surgen argumentos vinculados a la construcción dogmática del «bloque de constitucionalidad».¹⁵ Este concepto, precisamente, es tomado por la SCJ para fundar la sentencia 365/2009 relativa a la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad.¹⁶ La Corte señaló:

Martín Risso Ferrand enseña que [...] no puede pretenderse en materia de derechos humanos que el Derecho Internacional no tenga una importancia decisiva a la hora de interpretar la Constitución y menos que pueda prescindirse del orden internacional. Prescindir del derecho internacional de los derechos humanos hoy es tan injustificable como erróneo, y es evidente que su uso cambia todo el entorno interpretativo tradicional.

En la misma línea, posteriormente, Risso expresó:

Es ya un lugar común hacer referencia a los cambios que se han verificado en los últimos años en todos los órdenes, o a la velocidad y profundidad de los mismos, o al fuerte impacto que la globalización (o mundialización) ha ocasionado en diversos temas (...). Si hay algo claro es que el derecho constitucional de hace veinticinco años poco tiene que ver con el contemporáneo. Aun cuando los textos constitucionales no hayan tenido cambios significativos en el último cuarto de siglo (como es el caso de Uruguay) es claro que se ha producido una suerte de revolución jurídica y cultural que ha afectado en definitiva la mayoría de los desarrollos anteriores. Los cambios son sustanciales y profundos y muchos de los conceptos o razonamientos que hoy se pueden aceptar sin mayores dificultades hubieran sido insostenibles en el pasado reciente o, al revés, muchos de los desarrollos aún cercanos en el tiempo, resultan en la actualidad manifiestamente insuficientes. [Risso, 2011, p. 16]

En cuanto a la relación entre la producción dogmática nacional analizada y las referencias a esta en las sentencias de la SCJ en las que menciona a la DUDH como fundamento de sus decisiones, cabe precisar que hasta el año 2008 la SCJ no incluye ninguna referencia específica a la DUDH.¹⁷ A partir de ese momento, la SCJ comienza a utilizar la referencia a la DUDH con fuerza vinculante iniciando una práctica jurisprudencial que se consolida en los años siguientes y se mantiene hasta la actualidad.

7. Conclusiones

Producto del análisis del corpus de materiales jurisprudenciales y doctrinales relevados, es posible concluir que, entre 1990 y 2008 inclusive, se invoca la DUDH como doctrina y, en algunos casos, la mención está acompañada de una referencia explícita a su carácter vinculante.

A partir de 2009, argumentos vinculados a la construcción dogmática del «bloque de constitucionalidad» y a la «importancia decisiva» del derecho internacional de los derechos humanos comienzan a presentarse en las sentencias. En ese sentido, con el empleo de la doctrina del bloque de constitucionalidad y la interpretación doctrinaria actualmente mayoritaria de la cláusula de derechos implícitos de nuestra Constitución, los contenidos normativos de la DUDH son tratados como dotados de la máxima jerarquía normativa del sistema jurídico uruguayo. Sin perjuicio de ello, en numerosas ocasiones, la DUDH sigue siendo empleada en la justificación de sentencias o discordias, sin asociarse con la construcción del bloque de constitucionalidad o del bloque de derechos humanos y, por tanto, como doctrina.

A propósito de la incidencia de la dogmática en las prácticas jurisprudenciales, se constata la ausencia de construcciones dogmáticas consolidadas en nuestro país en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, que se refleja en la ausencia de la DUDH entre los elementos normativos que se integraban a la fundamentación de las decisiones hasta entrada la década del 90. Luego, entre la década del 90 y el 2009, se constatan diferentes usos de la DUDH (como doctrina o como instrumento vinculante), reflejando el estado de desarrollo «en proceso» de la dogmática de los derechos humanos, que de todos modos no era recepcionada por la jurisprudencia de la SCJ. A partir de 2009, la articulación del campo dogmático de los derechos humanos con el campo dogmático constitucionalista se manifiesta en el creciente empleo de argumentos que le atribuyen carácter vinculante a la DUDH, fundamentalmente a través de la bibliografía de Risso.

Los cambios en la integración de la Corte, y, por tanto, la dinámica de la formación de la mayoría, dan cuenta de que los argumentos que incluyen la referencia a la DUDH alternan su ubicación en las sentencias y en las discordias en cortos períodos (las sentencias acerca de la inconstitucionalidad/constitucionalidad de los artículos 2.º y 3.º de la ley 18.831, son un ejemplo de ello). El panorama dogmático y jurisprudencial de los setenta

años estudiados expresa la inexistencia de acuerdos estables acerca de la identificación de la DUDH como jurídicamente vinculante en la dogmática nacional y, a la vez, constituye una expresión de la gestión de la discrecionalidad jurisdiccional en la determinación de las premisas normativas de las decisiones.

8. Referencias bibliográficas

- Abregú, M., y Courtis, Ch. (1998). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Del Puerto: Buenos Aires.
- Aguiló Regla, J. (2015). «Fuentes del derecho». *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2, 1019-1066.
- Arbuet, H. (1990). «Naturaleza jurídica y eficacia de las resoluciones de la Asamblea de la ONU». Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías. *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Segunda Serie* (13), 34-48.
- Biasco, E. (2001). «Introducción al estudio de los deberes constitucionales. El principio constitucional de solidaridad». *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, tercera serie, n.º 6, 71-122.
- Blenzio, M. (1999). «El sistema europeo de protección de derechos humanos». *Revista de Derecho Público* (15), 57-74.
- Blenzio, M. (2008). «El derecho de la bioética». *Revista de Derecho Público* (34), 59-67.
- Blenzio, M. (2016). *Manual de derechos humanos. Materiales de Estudio*, 1-204. Recuperado de: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/203>.
- Bonilla, D. (2016). «La economía política del conocimiento jurídico». En D. Bonilla (comp.), *El constitucionalismo en el continente americano* (pp. 37-107). Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad EAFIT-Universidad de los Andes.
- Castro, A. (2009). «La ley 15.848 (de Caducidad) y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate». *Revista de Derecho Público* (35), 125-158.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1999). *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Madrid: Trotta.
- Correa Freitas, R. (2017). *Los derechos humanos en la constitución uruguaya*, tomo 1. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- Cortiñaz Pelaes, L., y García de Enterría, E. (1971). «Organización administrativa de las áreas metropolitanas». *RDJA*, 71 (1-12), 1-20.
- Dulitzky, A. (1998). «La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado». En M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 33-74). Buenos Aires: Del Puerto.
- Gelsi Bidart, A. (1969). «Algunas observaciones sobre el principio acusatorio en el proceso penal». *RDJA*, 67 (1-12), 205-220.
- (1971). «Divorcio: unidad y pluralidad procesal». *RDJA*, 70 (1), 51-75.
- (1972). «Crisis y afirmación de los derechos humanos». *RDJA*, 72 (1-12), 1-11.

- Gros Espiell, H. (1988). «Las Naciones Unidas y los derechos humanos». En H. Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos* (pp. 23-61). Madrid: Civitas.
- (1999). «Naturaleza jurídica y carácter de fuentes de derecho internacional de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos». En *Seminario de Derecho Humanos. A cuarenta años de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos* (pp. 33-49). Montevideo: Amalio Fernández.
- (1999). «La Declaración Universal de los Derechos Humanos 50 años después (1948-1998)». *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (9), 15-21.
- (2008). «El 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Uruguay y la Declaración». *La Ley Uruguay. Legislación, Jurisprudencia y doctrina*, año I (2), 121-122.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*. Lima: Palestra.
- Hierro, L. (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1958). *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales.
- (1980). *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos.
- Markarian, V. (2006). *Idos y recién llegados. La izquierda uruguaya en el exilio y las redes transnacionales de derechos humanos*. México: Uribe y Ferrari Editores.
- Moyn, S. (2015). *La utopía de los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Nicoliello, N. (1970). «La locación de inmuebles urbanos». *RDJA*, 69 (1-12), 1-10.
- Novak Talavera, F. (1998). «La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después». *Agenda Internacional*, 4 (10), 75-86.
- Pérez, A. (1969). «La inmunidad de jurisdicción de las Organizaciones Internacionales». *RDJA*, 68 (1-12), 25-33.
- Real, A. R. (1958). «Los principios generales de derecho en la constitución uruguaya». *Revista de Derecho Público y Privado*, 40, 217-218.
- (1963). «La Garantía internacional de los derechos humanos: La Declaración Universal de 1948». *Revista Nacional*, 213-214 (jul.-dic. 1962), 1-22.
- (1974). *Estado de derecho y humanismo personalista*. Montevideo: FCU.
- Risso, M. (2006). *Derecho constitucional*, tomo I. Montevideo: FCU.
- (2011). *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Montevideo: FCU.
- Ross, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Ruibal, M. (2001). «El principio de no discriminación». *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, tercera serie (6), 123-134.
- Semino, M. (1962). «La libertad de información y las constituciones europeas y americanas». *RDJA*, 60, 174-175.
- Tarello, G. (1976). *Storia della cultura giuridica moderna*. Bolonia: Il Mulino.
- Urioste, F. (2001). «Prólogo». *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, tercera serie (6), 9-10.
- Valdés Costa, R. (1996). *Instituciones de derecho tributario*. Montevideo: FCU.

Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Georgia: University of Georgia Press.

Jurisprudencia

- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 34/1990, Marabotto (redactor), Tommasino, Addiego, Pessano, García Otero (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 88/1993, Cairoli (redactor), Marabotto, Torello, Alonso, Mariño (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 43/2008, Rodríguez Caorsi (redactor), Van Rompaey (d), Bossio, Ruibal Pino, Gutiérrez (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 49/2008, Rodríguez Caorsi (redactor), Van Rompaey (d), Bossio, Ruibal Pino, Gutiérrez (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 365/2009, Chediak (redactor), Van Rompaey, Larrieux, Ruibal Pino, Gutiérrez (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 465/2016, Chediak (redactor), Martínez (discorde), Hounie (discorde), Minvielle, Pérez Manrique (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 680/2017, Chediak (redactor), Martínez (discorde), Hounie (Discorde), Minvielle, Turell (firmantes).
- Uruguay. Suprema Corte de Justicia. Sentencia 251/2018, Chediak (redactor), Martínez (discorde), Hounie (Discorde), Minvielle, Turell (firmantes).

Notas

1 Las autoras agradecen la disposición y la colaboración en la búsqueda de las funcionarias de la sección Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

2 En la tabla que figura en el apartado 6 del artículo se ofrece una sistematización de las referencias de la dogmática nacional más relevante a la cuestión de la fuerza vinculante de la DUDH. Fueron incorporadas a la tabla aquellas referencias de la dogmática a partir de las cuales resultaba posible reconstruir las ideas del autor respecto de la fuerza normativa de la DUDH. En ese sentido, no se tomaron en cuenta las referencias dogmáticas a la DUDH que consistían en la mera mención del instrumento, sin aportar alguna consideración u opinión acerca del tipo de normatividad que el autor le atribuye.

3 Se trata de una conferencia dictada en 1998 en ocasión de la conmemoración de los 40 años de las Declaraciones Universal de Derecho Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Tomamos la periodización de Gros como primer filtro para el análisis de las sentencias teniendo en cuenta la profusa literatura que el autor dedicó al tema del estatus de fuente de la DUDH. Su presencia en las bibliografías de los programas de las unidades curriculares, los artículos y los libros dedicados al tema y que su trabajo haya sido tomado como referencia por otros autores.

4 El hito decisivo respecto del valor jurídico de la DUDH, Carrillo lo ubica en la sentencia de 1980 de la Corte Internacional de Justicia, relativa al asunto del personal diplomático de Estados Unidos en Teherán (Carrillo, 1999, p. 100).

5 Las técnicas constitucionales que se han empleado no se agotan en estas dos, sino que también se recurre a cláusulas interpretativas, cláusulas declarativas (preámbulos, etc.).

6 En el mismo sentido Markarian (2006).

7 A los meros efectos ilustrativos, entre los objetivos de las etapas subsiguientes de investigación se encuentran: i) analizar la frecuencia con la que la SCJ emplea en la justificación de sus decisiones otros instrumentos de fuente internacional, y determinar qué tipo de fuente los consideran, comparando con las conclusiones obtenidas respecto de la DUDH. Provisionalmente, hemos observado que, si bien es desde la década del 60 que la Corte utiliza la referencia a tratados internacionales, no es hasta la década del 90 que lo hace con la Declaración, lo que da cuenta que la comprensión de los instrumentos diferenciaba el carácter vinculante por el origen o fuente; ii) cada diez años se celebra el aniversario de la DUDH. En esta oportunidad se relevaron textos producidos en varias de esas oportunidades publicadas en los Cuadernos de la Facultad de Derecho y otras publicaciones periódicas, restando analizar las construcciones dogmáticas presentadas en cada oportunidad, identificando tendencias, diferencias entre campos dogmáticos, trasplantes, acuerdos y desacuerdos; iii) ampliar el análisis de las decisiones judiciales a la jurisprudencia de los tribunales de apelaciones; iv) analizar comparativamente la dogmática constitucionalista y la dogmática de los derechos humanos uruguayas con las correspondientes argentinas, teniendo en cuenta la reforma de la Constitución argentina 1994 que incorpora en el artículo 75 (numeral 22) una referencia expresa a la jerarquía de los ins-

trumentos internacionales de derechos humanos; v) explorar las menciones a la DUDH en las Leyes y sus respectivas discusiones parlamentarias e identificar el o los actores que promueven su incorporación; vi) observar las variaciones en la integración de la SCJ en las etapas identificadas y detectar regularidades. En el mismo sentido, analizar la posible incidencia de algunos integrantes de la Corte en el aumento de las menciones de instrumentos de protección de los derechos humanos.

8 Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

9 Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos por el período 1930-1941. El texto citado fue publicado en 1928 en inglés, traducido en 1946 al español.

10 Esta confusión también es común en las primeras etapas relevadas en la doctrina Nacional. Ver por ejemplo Nicolliello (1969) y Semino (1963).

11 Sentencia 88/1993 de la Suprema Corte de Justicia

12 Sentencia 43/2008 de la Suprema Corte de Justicia

13 También en 2016, por sentencia 465 la Corte por resolución anticipada desestimó la excepción inconstitucionalidad de los artículos 2.º y 3.º de la ley 18.831. La discordia de la ministra Martínez remite a los «argumentos que expuso en las discordias que extendió en las sentencias 10/2016, 124/2016, 212/2016 y 367/2016 de la Corporación, entre muchas otras».

14 Esta opinión se reitera en Real, 1974, pp. 21-23.

15 Risso introduce en la dogmática nacional el concepto de «bloque de constitucionalidad» (2006, p. 114) tomando la elaboración del constitucionalista chileno Humberto Nogueira, siendo aquél un concepto desarrollado en una cultura jurídica distinta a la uruguaya, que es presentando como una posible respuesta al problema de la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En este sentido, la introducción del «bloque de constitucionalidad» en nuestro país, así como su pronta adopción por la dogmática mayoritaria, así como por la SCJ en la fundamentación de alguna de sus decisiones, configura un ejemplo de trasplante o circulación de construcciones dogmáticas entre sistemas jurídicos que no tienen necesariamente las mismas características (ver Watson [1993] y Bonilla [2016]).

16 Ver también la invocación al concepto realizada en el caso por el fiscal de Corte y procurador general de la Nación en el dictamen 1.804/2009, disponible en *Revista de Derecho Público*, número 36, año 2009, pp. 75-95.

17 Sentencia 49/2008: «Pese a que nuestra Carta Magna carece de una disposición expresa que refiera a la «igualdad por la ley», doctrina y jurisprudencia lo encuentran comprendido en la amplitud del art. 8 de la Constitución Nacional, señalando el Dr. Valdés Costa que además, de existir diversas disposiciones constitucionales que, en forma expresa, pretenden resolver ese problema, a lo que, incluso se llegaría por aplicación del artículo 72 del mismo cuerpo normativo, existen otras normas que dan respaldo jurídico a la admisión de esta nueva modalidad del principio de igualdad recordando en tal sentido, la existencia de pactos internacionales celebrados por el país, con indudable fuerza vinculatoria, lo que incluye a la Declaración Universal de los Derechos Humanos».