

Uruguay, “País de refugio y reasentamiento”

Martín Lettieri
Alberto Pérez Pérez

Exposición del Sr. Martín Lettieri *Consultor ACNUR en Buenos Aires*

Casi ningún lugar del mundo ha sido ajeno al desplazamiento forzado por distintos motivos en algún momento de su historia.

Los latinoamericanos, particularmente, somos dueños y dueñas de una historia reciente de desplazamiento forzado.

Sin embargo el 2009 encuentra al sur de Sudamérica como un espacio humanitario de solidaridad con el resto del mundo y de respeto por los derechos humanos para todas las personas que lo habitan.

Sin lugar a dudas hoy Uruguay y la mayoría de los países vecinos están comprometidos con el respeto de los derechos de las personas refugiadas, de las personas que huyen de una persecución internacional, quizás de una manera única a nivel global,

Basta mencionar a modo de ejemplo los compromisos asumidos por el Uruguay a través de la aprobación de la Ley 18.076 sobre el Estatuto del Refugiado del año 2006, que incluso incorpora una cláusula referida a la integración y jerarquía del derecho internacional de los refugiados en el ámbito uruguayo.

Introduciéndonos en la parte sustantiva de la presentación, en lo sucesivo mencionaré los contenidos centrales de lo que llamamos “protección internacional de los refugiados”, su marco normativo, los principios fundamentales en materia de refugiados y, por último, algunos desafíos contemporáneos respecto de este tema.

La protección internacional y el rol del ACNUR

El ACNUR es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, fue creado en 1950 por una Resolución de la Asamblea General, y comenzó su labor en 1951.

Su labor tiene carácter enteramente apolítico, humanitario y social tal como lo establece su

estatuto.

El mandato de ACNUR comprende básicamente dos áreas: brindar protección internacional y buscar las denominadas soluciones duraderas para la problemática de los refugiados.

Dentro del área que llamamos “protección internacional”, podemos englobar la labor del ACNUR en dos sub áreas de trabajo: por un lado respetar y velar por el respeto del principio de no devolución, consagrado en el artículo 33 de la Convención de 1951, el cual constituye la piedra fundamental de la protección de los refugiados.

Por otra parte, promover el respeto y la vigencia efectiva de las normas de protección de los derechos humanos de las personas que huyeron de su país debido a sufrir una persecución, y en ese marco buscar soluciones duraderas para las problemáticas de los refugiados.

Cuando hablamos de soluciones duraderas nos referimos a que las personas puedan regresar a su país de origen de una forma voluntaria y segura, que puedan integrarse en el país en el cual han sido reconocidas como refugiados, o que puedan, en casos excepcionales, reasentarse en un tercer país ya que no pueden permanecer en el país que les dio la condición de refugiado por cuestiones de seguridad u otros motivos.

Cabe mencionar que el Uruguay es uno de los Estados del mundo que forma parte de los programas de reasentamiento, por el cual recibe desde 2009 un pequeño grupo de personas refugiadas de nacionalidad colombiana que no podían permanecer por cuestiones de seguridad en los países que les habían brindado el estatuto de refugiadas.

Conviene resaltar una vez mas el hecho de que los principales responsables de brindar esta protección internacional son los Estados, que asumieron esta obligación desde el momento en que ratificaron las distintas Convenciones internacionales que regulan la materia.

En este sentido, el ACNUR cumple su tarea apoyando a los Estados en los compromisos asumidos y promoviendo el fortalecimiento de los mecanismos nacionales de protección.

El marco normativo de la protección internacional

Aunque las normas internacionales específicas en materia de refugiados son relativamente pocas, actualmente no podemos hablar de refugiados sin referirnos a normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y, en algunos casos, del Derecho Internacional Penal.

Parafraseando al ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Augusto Cancado Trindade, las aproximaciones o convergencias entre los regímenes complementarios de protección (el Derecho Internacional Humanitario, el derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados)... contribuyen a la búsqueda de soluciones eficaces a problemas corrientes y al perfeccionamiento y fortalecimiento de la protección internacional de la persona humana en cualesquiera situaciones o circunstancias.

Estrictamente cuando hablamos de Derecho Internacional de los Refugiados a nivel universal, nos referimos a dos Tratados: la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y

el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados.

A su vez, a nivel latinoamericano contamos con la Declaración de Cartagena de 1984, que si bien no es en principio una norma vinculante, la mayor parte de sus contenidos han sido incorporados en las distintas normativas nacionales de Centroamérica y Sudamérica en materia de refugiados, e incluso algunos autores afirman que existiría una costumbre regional respecto a otros contenidos de la Declaración.

Además existen una serie de normas de Derecho Internacional consuetudinario, como es el principio de no devolución, y otra serie de normas (soft-law) en principio no vinculantes pero que, en el caso del Uruguay, la propia ley 18.076 establece que deben ser consideradas por las autoridades con competencia en la materia al momento de su aplicación.

Uno de los elementos centrales en materia de refugiados es definir a quiénes se les debe reconocer el estatuto de refugiado y cómo debe realizarse el procedimiento de determinación de tal estatuto.

Para ello contamos con dos definiciones: la definición conocida como clásica, está contenida en la Convención del 51 y en el Protocolo del 67, y fue incorporada a ley 18.076 en su artículo 2.

La segunda definición proviene de la Declaración de Cartagena y está basada en una definición similar proveniente del contexto africano (Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969), la cual fue incluida también en el Art. 2º inciso b de la ley de Refugiados del Uruguay.

El cuadro siguiente incluye algunos de los principales elementos de la definición clásica (las denominadas “cláusulas de inclusión”) comprendidos en la Convención de 1951, en comparación con la recepción que ha hecho el Uruguay de dicha definición en la ley 18.076.

Convención de 1951, artículo 1.a	Ley 18.076, artículo 2.a
toda persona que se encuentre fuera del país de su nacionalidad	toda persona que se encuentre fuera del país de su nacionalidad
debido a fundados temores	debido a fundados temores
de persecución	de persecución

<p>por motivos de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - raza - religión - nacionalidad - pertenencia a determinado grupo social - opiniones políticas, 	<p>por motivos de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - raza - religión - nacionalidad - pertenencia a determinado grupo social - opiniones políticas - pertenencia a determinado grupo étnico - género
<p>y que no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.</p>	<p>y que no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.</p>

A partir de esta comparación podemos sacar rápidamente dos conclusiones: por un lado como, al igual que en la mayoría de los Estados del mundo, los principales elementos de la definición clásica de la Convención de 1951 son incorporados en las legislaciones nacionales y, en este caso, en la Ley uruguaya 18.076.

Por otro lado para demostrar también hasta qué punto el Estado uruguayo a través del Parlamento pero también con la colaboración de distintas áreas del poder ejecutivo y de la sociedad civil, estuvo dispuesto a ampliar la protección de refugiados inclusive a situaciones no previstas en la redacción original de la Convención de 1951, como es el caso de las personas perseguidas por pertenencia a determinado grupo étnico, o por motivos de género, este último uno de los flagelos más graves y sistemáticos en cuanto a violaciones de derechos humanos que existen en la actualidad.

Por su parte la definición ampliada de la Declaración de Cartagena establece que serán consideradas como refugiadas las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Nuevamente la ley 18076 toma la definición ampliada conservando sus elementos pero ampliando el estándar de protección al incluir al terrorismo como una causa más de desplazamiento forzado.

Aunque podría profundizarse muchísimo en las cuestiones técnicas de cada una de las defi-

niciones (los elementos de las cláusulas de inclusión, las cláusulas de exclusión y de cesación, etc.), es importante destacar aquí que la sanción de la ley 18.076, las definiciones que se adoptaron y, en términos generales, todo su contenido, demuestran el compromiso del Uruguay de ampliar la protección a circunstancias a las que no había obligación de extenderla ya que no estaban previstas en los tratados internacionales sobre la materia. .

Es importante mencionar que la Convención del 51 no establece un procedimiento de aplicación de la definición, motivo por el cual son los Estados los que deben establecer un procedimiento justo para que esta definición sea considerada respecto a un caso específico, cumpliendo con parte de las obligaciones que componen el derecho humano al asilo tal como lo ha reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos .

Principios fundamentales de la protección de refugiados

El principio de no devolución constituye la base de la protección de refugiados.

El Art. 33 de la Convención del 51 establece que ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

Este principio constituye una limitación a la soberanía casi absoluta de los Estados en materia de control de ingreso y permanencia de extranjeros en un territorio.

Cuando estamos en presencia de una persona que huye de una persecución, y que puede estar incluida en los términos de la definición de la legislación uruguaya o de la Convención de 1951, el principio general es que esta persona no puede ser devuelta de ningún modo si su vida o su libertad corren peligro (la fórmula “de ningún modo” comprende situaciones como la expulsión, la extradición, la prohibición de rechazo en frontera, la reconducción, etc.)

Luego hay una serie de principios como el de no sanción por ingreso ilegal, de confidencialidad de los aspectos que refieren a la protección de refugiados, de ayuda administrativa, de acceso a documentación de viaje, y de identidad, y de reunificación familiar, algunos de los cuales atienden a circunstancias compartidas con el resto de los extranjeros, pero otros que obedecen a situaciones particulares que enfrentan los refugiados.

A modo de ejemplo podemos mencionar cómo los solicitantes de la condición de refugiado deben ingresar a un país sin documentación, porque al huir de la persecución lógicamente no pudieron detenerse a tramitar su pasaporte, a buscar su documento de identidad, o gestionar una visa. Para estos casos la propia Convención y la Ley uruguaya establecen que estas personas no serán sancionadas por su ingreso irregular, a condición de que cumpla ciertos requisitos establecidos en la ley.

Algunos desafíos actuales de la protección internacional

La protección de refugiados desde la década de 1950 ha tenido que adaptarse para dar respuesta a circunstancias que no estaban previstas en la Convención del 51.

Una de las situaciones más acuciantes es la violencia por motivos de género, en especial la violencia contra las mujeres, no porque esta problemática no existiera en 1950, sino porque a partir de la acción de las mujeres y los movimientos de género en el mundo se ha visibilizado la envergadura del problema.

Muchos países como Canadá, Estados Unidos, Noruega, reconocen como refugiados a una gran cantidad de personas provenientes de distintos países que huyen de persecución por violencia contra la mujer, persecución por violencia contra los homosexuales, persecución por las diversas orientaciones sexuales en sus países de origen, y que no encuentran ningún tipo de protección.

Un segundo desafío actual y que requiere un enorme desarrollo desde el ámbito internacional refiere a los movimientos de personas a causa de los fenómenos relacionados con el llamado “cambio climático”.

Si bien la Convención no habla de motivos de desplazamiento por cambio climático o desastres ambientales, éstos últimos generan cada vez más situaciones de contextos de persecución, por ejemplo a través de la operativa de grupos particulares, en muchos casos armados que actúan al margen de la ley aprovechándose de la situación.

Estas situaciones esperan una respuesta más clara desde la comunidad internacional y de Naciones Unidas, y probablemente estas respuestas puedan darse bajo el marco del derecho internacional de los refugiados aunque la normativa actual no lo contemple expresamente.

Una tercera cuestión con mayor presencia desde los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, es el balance entre la seguridad interna de los Estados y las obligaciones de protección de los refugiados.

Es necesario en este sentido que los Estados resguarden sus fronteras y mantengan la seguridad interior, aunque esto no debería hacerse a costa de bajar los estándares de protección en materia de refugiados.

Por último, una cuarta problemática que se relaciona estrechamente con la anterior refiere a lo que llamamos “flujos migratorios mixtos”, es decir, a los movimientos de personas a través de fronteras internacionales conformados tanto por migrantes que buscan una mejor calidad de vida, como también por personas que huyen de la persecución.

Diariamente vemos estas situaciones reflejadas en los medios de comunicación en casos como los de los países del sur de Europa donde miles de personas acuden provenientes del continente africano, muchos de los cuales se desplazan como migrantes para buscar una mejor calidad de vida, pero también, como fuera mencionado, suele haber personas que usan los mismos medios de transporte, los mismos formas de ingreso a la Unión Europea, que huyen de situaciones de persecución que se suceden a lo largo del continente africano.

En este marco constituye un gran desafío para los Estados identificar quienes realmente necesitan protección internacional y quienes migran por otros motivos y deben someterse a las normas generales en materia de migración.

En el caso de Sudamérica los procesos de integración regional y la armonización de distintos aspectos en materia de derechos humanos implican una oportunidad de debate sobre la necesidad de armonización de los marcos normativos relativos a refugiados, de forma de resolver cuestiones entre los países de la región con enfoques compartidos.

Las universidades de Latinoamérica y el rol del ACNUR

Para terminar quisiera mencionar algunas actividades que las universidades de la región han realizado con la cooperación del ACNUR.

Las Universidades son un actor fundamental en la tarea de brindar protección internacional en Latinoamérica. Son ellas las que forman estudiantes, profesionales con conocimiento y compromiso con el tema de refugiados.

Asimismo el espacio de investigación y desarrollo doctrinal es quizás uno de los de mayor excelencia y contribuye al enriquecimiento de los debates en la materia.

Es importante mencionar también cómo las actividades de extensión universitaria también pueden contribuir a la integración y desarrollo de las personas refugiadas.

Y, por último, una tare fundamental de las Universidades es la de difundir y sensibilizar a toda la comunidad sobre la actualidad de este fenómeno en nuestros países, la relevancia y la importancia de estar conscientes de la pertinencia actual de esta temática.

Para fortalecer el vínculo con las Universidades el ACNUR ha lanzado en 2009 un Programa de enseñanza de Derecho Internacional de los Refugiados (www.acnur.org/biblioteca/pdf/6945.pdf) orientado a profesores e investigadores universitarios con el objetivo promover la enseñanza de esta temática. Este programa propone un contenido temático, sugerencias pedagógicas y soportes bibliográficos para el dictado de cursos de grado y post grado para diferentes disciplinas.

Para finalizar quisiera mencionar que es necesario reflexionar sobre la temática del desplazamiento forzado como un hecho contemporáneo y no como un fenómeno del pasado, respecto del cual Sudamérica tiene un rol fundamental en el escenario internacional.

Sólo en América Latina 3.5 millones de personas continúan teniendo necesidades de protección a las cuales debemos dar respuesta.

Uruguay es sin duda consciente de esta responsabilidad y lo asume de esta manera actualmente.

Muchas gracias.

Exposición del Dr. Alberto Pérez Pérez¹

Director del Instituto de Derechos Humanos

Debo comenzar agradeciendo las excesivamente amables palabras que han dirigido a mi persona.

(No hablaré de refugio ni de refugiados)

Y también voy a comenzar disipando un error: se anunció que se iba a hablar de refugio y de refugiados, pero yo no voy a hablar de refugio ni de refugiados, porque para eso trajimos a los especialistas. Entonces eso lo escucharán de Martín Lettieri; si no, yo estaría hablando mal, pues si bien algo del tema entiendo, obviamente no es mi especialidad.

(El problema: monismo o dualismo; primacía del Derecho interno o del Derecho Internacional)

Prefiero entonces entrar en materia hablando de lo que sería poner en el contexto del Derecho uruguayo, y de sus relaciones con el Derecho Internacional, el tema del Derecho Internacional de los refugiados frente a nuestra Ley reciente sobre refugio y estatuto de los refugiados, y tratar de hacer algunos aportes o contribuciones para la solución de alguno de los problemas teóricos que hace muchos años se nos plantean a quienes nos dedicamos a esta rama.

Hacerlo en este salón, además, me resulta particularmente evocador (hasta ahora no me había dado cuenta) porque aquí asistí a mis primeras clases de Derecho en 1955, – no lo revelen demasiado – y después dicté mis primeras clases como aspirante, cuando inicié simultáneamente mi carrera docente en Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, con los Profesores Aníbal Luis Barbagelata y Eduardo Jiménez de Aréchaga. Cuando tuve que seleccionar mi primer tema de clases, podía proponerlo, pero recuerdo que don Eduardo me dijo: “Si usted está también en Constitucional, lo que tiene que dar son las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.”

Entonces lo vengo estudiando desde 1962 como aspirante a docente, y antes desde 1956, cuando asistí, también en este salón, al curso de Derecho Internacional Público.

Es éste un caso particular, referido a las relaciones entre la ley uruguaya y el Derecho Internacional de los refugiados – un caso particular de un problema más general, que es el de la relación de todo el Derecho Internacional con todo el Derecho interno. Es un tema que tradicionalmente se ha planteado desde puntos de vista teóricos, con enfrentamientos de escuelas, como suele pasar. A través de los años, yo he ido aprendiendo a tratar de descubrir los elementos de los problemas, para después tratar de armar las soluciones, porque si partimos – y en esto los uruguayos encontrarán un eco de las enseñanzas de Carlos Vaz Ferreira – si partimos ya de “ismos”, de posiciones predeterminadas en un sentido o en otro, que en este caso serían el monismo y el dualismo (y después un monismo que a su vez es dualista, porque hay monismo con primacía del Derecho interno y monismo con primacía del Derecho Internacional), en lugar de llegar a soluciones llegamos a complicaciones; a batallas de palabras.

(1) Se han agregado algunos subtítulos entre paréntesis, para facilitar la lectura, y se han transcritos íntegramente las partes de los textos de Derecho positivo necesarias para la plena comprensión de la exposición realizada.

En aquella época, nuestro viejo Profesor – en aquella época no viejo, “viejo” digo ahora por los años que han transcurrido – don Eduardo Jiménez de Aréchaga, planteó muy bien el tema señalando la distinción entre los dos aspectos: el aspecto de si hay unidad o comunicación, o no hay comunicación, si hay aplicabilidad directa del Derecho Internacional en la esfera jurídica interna o no la hay, por un lado, y otro problema diferente, el problema de saber si hay supremacía de uno de esos órdenes jurídicos con respecto al otro, o no. Se deben entrecruzar las soluciones en algunos momentos, pero es conveniente distinguir en el planteamiento del problema esos dos aspectos.

(Bases para una solución del problema)

Nosotros vamos a tratar de darles aquí, lo más brevemente posible, para no demorar el pasaje a la película o la actuación de fondo – porque acá yo soy el “telonero” –, para no demorarlo demasiado, tratar de hacerlo brevemente, pero de la manera más completa posible para que tenga alguna coherencia, lo que podríamos llamar bases para una solución de este problema.

(Problema de Derecho interno y no de Derecho Internacional)

En primer lugar, creo que tenemos que pensar – y no hace mucho que llegué a esta conclusión, que en una de esas está equivocada – que estamos básicamente frente a un problema de Derecho interno, y no de un problema de Derecho Internacional.

En Derecho Internacional, no es obviamente un problema el tema de la supremacía. Si el Derecho Internacional es Derecho, es vinculante, es obligatorio, obliga a los sujetos de ese ordenamiento. Y si los sujetos de Derecho Internacional, que básicamente son los Estados (aunque también lo son las organizaciones internacionales, e incluso el ser humano); pero básicamente estamos hablando de los Estados, que tienen su ordenamiento interno, y si violan el Derecho Internacional, lo violan aunque lo hagan a través de algo a lo que internamente llaman una norma jurídica. El problema de la supremacía allí no se plantea.

En el Derecho interno sí caben esas variantes monista y dualista, y dentro de la variante monista, las dudas sobre la ubicación jerárquica de las normas internacionales aplicadas internamente.

Obviamente, para el dualismo, según el cual las normas internacionales solo se aplican internamente si hay una conversión, una transformación de esas normas, la norma que opere la transformación resolverá (o pretenderá resolver) en el plano interno ese problema. En el plano externo no la resuelve, porque si se viola el Derecho Internacional – lo sabíamos desde antes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, pero ella lo dijo de una manera clara y sencilla – ningún Estado puede invocar su Derecho interno para justificar la violación de un tratado. Podemos generalizarlo y decir: “la violación de una norma internacional en general”.

Precisamente en este punto, yo llegué hace poco tiempo a la conclusión de que el tema no deberíamos tratar de resolverlo en el Derecho Internacional – aunque es allí donde yo empecé a estudiarlo – sino en el Derecho interno. Llegué a esa conclusión viendo que, a lo largo de los años, subsisten las diferencias entre los países tradicionalmente dualistas y los países tradicionalmente monistas; por ejemplo, desde Triepel y Anzilotti Alemania e Italia son países dualistas, y en otros países encontramos posiciones análogamente persistentes. Es que el tema consiste realmente en

determinar cómo lo resuelve cada Derecho interno; de qué manera va a tratar cada Estado de ajustarse al Derecho Internacional respetando las características de su propio Derecho interno.

(El tema en el Uruguay: clara posición monista, pero dudas acerca de la supremacía)

¿Cómo se plantea este tema en el Uruguay? Haciendo, para comenzar, una especie de descripción de cómo se plantea el problema y cómo se ha solucionado, se puede decir que en nuestro país hace muchos años que predomina la aplicación directa, y desde hace un tiempo podríamos decir de manera absoluta, total; aunque hay algunas excepciones respetables más recientes, en la práctica funciona de una manera adecuada a la posición tradicionalmente llamada monista.

Las normas internacionales se aplican directamente en nuestro Derecho interno, y esto lo vemos cotidianamente en ramas como el Derecho Laboral, en particular, donde gran parte de las normas que se aplican tienen su fuente en los convenios internacionales del trabajo de la OIT. En el Uruguay nos apuramos tanto, que hasta una vez empezamos a aplicar el Convenio 103, el relativo a la protección de la maternidad, antes de que estuviera vigente, porque nuestro país era el único que lo había ratificado, y obviamente no puede existir un tratado consigo mismo. No había entrado en vigor, pero ya había en el Uruguay un decreto reglamentario del tratado que no estaba vigente. Después lo corrigieron, después entró en vigencia, y después ha sido sustituido también, si no me equivoco.

Pero subsiste una zona donde realmente nos encontramos frente a problemas: es la zona relacionada con la determinación de la ubicación jerárquica de las normas aplicadas internamente. En el Uruguay corrientemente se ha adoptado una posición que las equipara a las leyes, pero se ha adoptado de una manera que en mis notas yo había descrito como “acrítica” – pero como en ello puede parecer que hay una crítica, voy a sustituir esa expresión por otra, y decir “de una manera no fundamentada expresamente”. La posición así adoptada consiste en que se ha tendido a entender que los tratados internacionales tienen una jerarquía igual o análoga a la de las leyes ordinarias dentro del ordenamiento jurídico uruguayo, quizás a partir del relacionamiento con lo que es el trámite constitucional necesario para la ratificación de un tratado, que incluye primero una aprobación legislativa, y recién después de ésta el Poder Ejecutivo está en condiciones de ratificar y después canjear ratificaciones o depositar los instrumentos de ratificación. Esa asimilación a las leyes obviamente presenta un peligro importante, porque las ubicaría entonces en un tipo de relación en el cual la prelación sería la de la fecha y si bien en el Uruguay no cabe duda de que un tratado posterior deroga una ley anterior, resultaría también que una ley posterior podría derogar un tratado anterior. En este último caso, desde el punto de vista internacional está claro que estaríamos violando el Derecho Internacional, sin tener ningún fundamento explícito para hacerlo; pero implícitamente, de esa manera que yo llamo “no fundamentada expresamente”, es lo que hemos venido considerando.

Vamos a ver si en este plano podemos encontrar algún tipo de solución que, manteniendo el aspecto del monismo, también introduzca un elemento de jerarquía superior a la ley, porque resulta absurdo pensar que un Estado que se liga por un tratado, se obliga a hacer algo, pueda después dictar una ley interna y decir, “si lo hago mediante una ley” – es como usar una especie de palabra mágica – “si le llamo ley, esto que en verdad deberíamos estar llamando violación del derecho, dejaría de serlo”.

(Soluciones legislativas expresas: Los textos)

Una primera aproximación puede hacerse por vía legislativa, porque en estos últimos años han aparecido normas legislativas expresas sobre el punto.

Y acá sí entramos en contacto con el tema del día: voy a hablar un poquito de la Ley de refugio², porque la primera de las leyes que he mencionado es la Ley de Refugio. El Título V de dicha Ley se denomina “Cooperación y Derecho Internacional”, y contiene dos capítulos, cada uno de ellos con un artículo.

El primero de ellos – artículo 46, único del Capítulo I, denominado “Cooperación internacional” – habla, y aquí lo estamos efectivizando, de la cooperación y asistencia técnica financiera del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y de la comunidad internacional para la asistencia directa de las personas refugiadas.

El segundo, contenido en el Capítulo II del Título V, denominado “Aplicación directa del Derecho Internacional”, es el artículo 47, que dio lugar si no me equivoco, a bastantes debates en el Parlamento, y algunos intercambios de correo electrónico tuvimos con alguien que está presente hoy. Dicho artículo 47, con el nombre entre paréntesis de “Aplicación”, dice lo siguiente: “En la materia regulada por la presente ley se aplicará directamente el derecho internacional, especialmente el relativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, contenido en Normas, Tratados y Convenciones ratificados por el Uruguay (artículo 168 numeral 20 y artículo 85 numeral 7° de la Constitución de la República) o Declaraciones de organismos internacionales de los cuales el país forma parte y a las cuales ha adherido.”

En una ley que se dictó un año después de ésta, la Ley sobre Migración³, una de las normas contenidas en el Capítulo XVI, “Disposiciones finales” dispone algo parecido pero no igual. Se trata del artículo 83, cuyo texto es el siguiente “Las disposiciones de la presente ley en lo que refiere a la admisión, ingreso y permanencia de las personas extranjeras al territorio nacional, deberán interpretarse y aplicarse de modo compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados y especialmente con las disposiciones de la Ley N° 18.076, de 19 de diciembre de 2006, sobre el Estatuto del Refugiado.”

Y una todavía más reciente, que creo que no ha sido todavía promulgada⁴, aunque creo que sí sancionada por las dos Cámaras, que es la que establece modificaciones a la Ley sobre la libertad de comunicación y el Código Penal, en su artículo 3° agrega al artículo 1° de la Ley N° 16.099, de 3 de noviembre de 1989, el siguiente inciso: “Constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la

(2) Ley N° 18.076, de 19-XII-2006, a la cual en el Registro de Leyes le pusieron “derecho al refugio y a los refugiados”. En realidad, es una Ley sobre el estatuto de los refugiados, y si se quiere sobre el derecho al refugio, pero lo de “derecho a los refugiados” no corresponde.

(3) Ley N° 18.250, de 6-I-2008.

(4) Efectivamente, la Ley mencionada, que había quedado sancionada al ser aprobada por la Cámara de Representantes el 10-VI-2009, fue promulgada pocos días después, el 26-VI-2009, con el número 18.515. El Poder Ejecutivo, en el decreto de promulgación, la describió como “Ley por la que se modifican e incorporan disposiciones a la Ley N° 16.099, de 3 de noviembre de 1989, y se sustituyen los artículos 138, 173 y 336 del Código Penal relativo a los medios de comunicación”.

Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana⁵ de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional, o reconocidos por la jurisprudencia nacional.” Este último punto coincide con lo que enseñamos siempre en Derechos Humanos, de que se aplica la norma que provea la mayor protección, y hasta si quieren usar el latín, – aunque yo no sé latín – podemos llamarlo el “principio pro hominis” o “principio pro homine”, y vaya a saber si no hay alguna otra declinación en la cual terminemos naufragando.

(Soluciones legislativas expresas: Valoración de los textos)

¿Y qué podemos decir de esas soluciones legislativas expresas que tenemos actualmente? Bueno, lo primero es que parecen muy buenas, porque está entrando el Derecho Internacional; pero tienen un peligro: tienen el peligro de que nos digan “acá sí, pero fuera de acá no”. En otras palabras, que se aplique una interpretación a contrario sensu, es decir, que se entienda que la aplicación directa de las normas internacionales, y la supremacía de éstas sobre las normas legislativas internas, sólo se da en los casos en que una disposición legal expresa así lo establece. Para evitar ese peligro habremos de recurrir a la Constitución.

(Un artículo constitucional “escondido” permite resolver el problema)

Acá entonces es donde tenemos que hacer nuestro pequeño aporte desde el punto de vista del Derecho Constitucional uruguayo, y reivindicar a nuestra Constitución. En esta materia, muy probablemente sin saberlo, hasta uno diría sin proponérselo, por lo menos, al estilo de Monsieur Jourdain, el burgués gentilhombre de la comedia de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo, nuestra Constitución incluyó normas que nos permiten resolver un problema que parecía sumamente difícil, y lo hizo hace mucho tiempo, en parte ya en 1830, y en otra parte en 1934.

En una primera aproximación a este punto relativo a las relaciones con el Derecho Internacional, puede parecer que la Constitución uruguaya anda mal, que la Constitución uruguaya quedó anticuada. Se trata de un punto que no llegó a entrar en la discusión de las numerosas reformas constitucionales del país. Aunque algunos propusimos en su momento (1966) incluir en la Constitución artículos como los de las constituciones europeas de la primera y la segunda posguerras mundiales, nos encontramos con que no se quería discutir sobre temas que no fueran el centro político de la reforma. Por cierto, estamos muy lejos de las disposiciones de la Constitución argentina, que en 1994 constitucionalizó la normativa internacional de derechos humanos e incluyó otras normas sumamente interesantes.

No obstante, buscando en la Constitución, uno encuentra a veces respuestas en lugares donde no se buscan normalmente. Sobre este punto, la propuesta que tenemos – y en el público vemos a algunos compañeros de Derecho Constitucional y estamos rindiendo examen en este momento frente a ellos, o les pedimos que nos ayuden – es que recurramos a lo que podríamos llamar un artículo “escondido”. Es el artículo 239, ordinal 1º, que establece los casos de jurisdicción origi-

(5) “Americana”, y no “Interamericana”, como se denomina oficialmente la Corte, es lo que dice la Ley.

naría de la Suprema Corte de Justicia. Según esa disposición, “A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1°) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional.”

En mi modesta opinión, ahí encontramos las bases para resolver el tema que nos ocupa en un sentido monista, con primacía del Derecho Internacional.

(Posición monista)

¿Por qué monista? Porque ahí aparece esa referencia final, agregada en 1934, que dice “en los casos previstos por el Derecho Internacional”. Lo que nos está diciendo es que al Derecho Internacional lo estamos aplicando directamente en el país. Al decir “en los casos previstos en el Derecho Internacional”, está diciendo que el Derecho Internacional lo aplicamos directamente para saber cuando nos deja meternos con un diplomático, y cuando no nos deja meternos con diplomáticos.

Yo lo tomo como un acogimiento implícito, indirecto, pero importante, que está en la Constitución, y por lo tanto está por encima de todas las demás normas, de esa posición que en nuestro país se ha seguido casi sin excepciones, como les decía desde hace muchos años, de la aplicación directa del Derecho Internacional.

Dicho sea de paso, la disposición muestra su origen y su evolución, porque en el mismo ordinal, del mismo cuerpo normativo, en un lado se habla del “derecho de gentes” (expresión de 1830), y por otro lado del “Derecho Internacional” (que es una expresión de 1934).

(Primacía del Derecho Internacional)

¿Y la supremacía del Derecho Internacional dónde la encontramos? Me da la impresión que la encontramos en la cláusula que figura un poco antes de ésta, cuando nos dice que la Suprema Corte de Justicia tiene jurisdicción originaria “en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados”.

Esta es una disposición que tiene su fuente en la Constitución Federal de los Estados Unidos de América⁶, pero la interpretación que allí se ha dado ha sido distinta, no solo por corresponder a un texto diferente, y a un país diferente, sino también porque no corresponde a una atribución de competencia originaria o de primer grado a la Suprema Corte de Justicia, sino de una atribución de competencia a todo el Poder Judicial federal, y no los de los Estados.

Entonces, en los Estados Unidos es congruente la interpretación que se ha seguido que es la

(6) Según la cláusula 1 de la Sección II del Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América, “El Poder Judicial entenderá en todas las controversias (...) que surjan como consecuencia de [arising under] esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; (...)” Según la cláusula 2, “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, la Suprema Corte poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos (...) conocerá en apelación (...)”

de decir, en todo caso que hay que aplicar un tratado, es competente el Poder Judicial federal. Si en el Uruguay fuéramos a aplicar esa interpretación, suprimiríamos los Juzgados de Trabajo y tendríamos que ampliar el personal de la Suprema Corte, porque todo el Derecho Laboral, por lo menos, se mudaría a la Suprema Corte de Justicia.

En un texto diferente, con redacción diferente, con un contexto diferente, creo que lo que deberíamos entender acá es que lo que es competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia, es aquel tipo de cuestiones que son relativas a tratados, en el sentido de que la materia misma que está en juego, es lo relacionado con la existencia, la validez, la eficacia o la aplicabilidad del tratado. Entonces, por esta vía llegamos a que, cuando una ley posterior a un tratado contenga disposiciones contrarias a las del tratado, podemos nosotros decir que esa ley, aunque no la llamaremos inconstitucional, es incompatible con una norma internacional, lo cual nos permitiría – utilizando una terminología que se está usando en otros países – hacer un juicio de incompatibilidad, así como en otros contextos se hace un juicio de inconstitucionalidad.

* * *

Creo que no cumplí la promesa de ser breve, pero bueno, no todas las promesas se cumplen. Muchas gracias.

Aplauzos