

penal juvenil

Derechos Fundamentales y Derechos del Niño

 Mary Beloff



1. Primera Parte: Derechos Fundamentales

1.1. *Guía de Aprendizaje*

1.1.1. Objetivo General

- Conocer el alcance, estructura y contenido de los derechos fundamentales en general y de los derechos fundamentales de los niños en particular.

1.1.2. Objetivos Específicos

- Conocer la estructura básica de los derechos fundamentales en el Estado Democrático de Derecho.
- Conocer las diferentes clasificaciones de derechos fundamentales.
- Discernir entre los diferentes derechos, aquéllos que son derechos humanos.
- Conocer y aplicar las fuentes de los derechos humanos.
- Conocer y aplicar las diferentes técnicas de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos
- Desarrollar habilidades para comprender los derechos del niño como derechos humanos.

1.1.3. Actividades

- Clases teóricas
- Análisis del derecho dominicano vigente y del derecho comparado
- Análisis de las normas internacionales relevantes
- Análisis de casos de jurisprudencia nacional e internacional
- Análisis de material periodístico y de divulgación
- Observación y debate en torno al video del II Encuentro Nacional de Niños y Niñas de la Calle de Brasil

1.2. Contenido *Primera Parte*

1.2.1. Capítulo I: ¿Qué significa “tener” derechos?

1.2.1.1. Introducción

Este trabajo se propone analizar la estructura de los derechos para explicar de qué hablamos cuando hablamos de derechos. En este sentido, el recorrido que se sugiere no es casual. Primero se plantea la pregunta acerca de qué significa tener derechos, ya que un derecho humano es un derecho. Segundo, aborda la pregunta acerca de las fuentes que permiten conocer cuándo un derecho es un derecho humano; además, trata sobre determinadas características de los derechos humanos. Tercero, se refiere a los derechos de los niños como un derecho humano específico.

A continuación se presentan dos situaciones que hablan de violaciones a los derechos. La primera surge de un artículo de un periódico, la segunda de una sentencia de un juzgado en lo contencioso-administrativo-tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina. El objetivo de la inclusión de estas situaciones es retomarlas a lo largo del Módulo. Sirven para plantear el problema, no se resuelven en este lugar.

Antes de leerlas, conteste las siguientes preguntas:

1. *¿Qué significa tener derechos?*

Luego de haber leído las situaciones, vuelva sobre las preguntas e identifique:

2. *¿Quiénes son los sujetos titulares de esos derechos?*
3. *¿Quiénes son los sujetos obligados a respetar y a garantizar esos derechos?; y*
4. *¿Qué implican esos derechos en términos de acciones exigibles?*

Casos:

a) Caso de las torturas en la Provincia de Buenos Aires de la República Argentina: en el año 2001, el Diario Clarín de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, publica los siguientes datos que surgen de "estadísticas oficiales":

Comisarías y cárceles bonaerenses: cien denuncias de torturas en 45 días.

Se recibieron en la Defensoría de la Cámara de Casación, el máximo tribunal penal de la provincia. Tres de cada cuatro de esas denuncias son de detenidos en comisarías. Se quejan desde ser golpeados hasta de ser picaneados.

En los últimos 45 días la Defensoría de la Cámara de Casación Bonaerense recibió 100 nuevas denuncias de torturas en comisarías y cárceles de la provincia de Buenos Aires. "Esto marca un claro incremento ya que en los últimos 15 meses se había registrado un promedio de 40 casos mensuales", aseguró a Clarín Mario Coriolano, titular de la Defensoría. Ese promedio se eleva ahora a 66 denuncias al mes.

"Las torturas de la policía se producen apenas después de las detenciones y cuando a los presos los someten a interrogatorios para obtener datos para las investigaciones. En el caso del Servicio Penitenciario, ocurren durante las requisas o cuando los presos se niegan a hacer algo que les piden", dice el documento que Coriolano envió a la Corte Suprema y a la Procuración bonaerense.

Ya meses antes la propia Corte había salido a advertir al Ministerio de Seguridad Bonaerense sobre casos de torturas a menores alojados en comisarías. En marzo de 2001 pidió que se terminara con esas "prácticas aberrantes" y en mayo volvió sobre la cuestión luego de que un menor detenido en Quilmes denunciara palizas sistemáticas en la seccional.

b) Caso de la falta de alimentación en la Ciudad de Buenos Aires de la República Argentina. El siguiente caso surge de una sentencia judicial del año 2003 dictado por un Tribunal en lo Contencioso-Administrativo-Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

María Delia y sus niños, menores de edad, Christofer Damian, Stephani Daiana, Jonathan Román, Estela y Fabián Ernesto (este último es hijo de su marido, Ernesto, que estaría a su cargo), sostiene que ha sido arbitrariamente excluida del programa “Vale Ciudad” que reemplazó al anterior programa en el que se encontraba como beneficiaria, que consistía en “bolsones” de comida que se entregaban a través de la asamblea “Caminito”. Dichos bolsones, afirma, le permitían cubrir una parte importante de las necesidades alimentarias de sus hijos.

Para percibir aquel bolsón tuvieron que censarse y presentar los documentos de identidad, las partidas y certificado de domicilio. Entiende que la transición del sistema anterior al programa “Vale Ciudad” implicaba que las familias seguirían recibiendo el bolsón hasta ser incluidas en el nuevo programa. Señala que en enero de 2003 su familia fue nuevamente censada y aportó todo lo necesario para estar incorporada al programa “Vale Ciudad”. A pesar de ello, afirma, su familia no salió en las primeras listas de beneficiarios, lo que la llevó a realizar un reclamo, que fue realizado también por la asamblea “Caminito”. Ante el requerimiento del Gobierno de la Ciudad, dicha asamblea presentó una lista de las personas que habían sido dejadas de lado arbitrariamente, donde estaba incluida su familia. Sin embargo, dice, tampoco su familia apareció en la lista complementaria.

Debido a esta situación, indica, no ha recibido el vale ni el bolsón en los meses de febrero y marzo de este año. Como consecuencia de la mala alimentación de su familia, que afecta seriamente la salud de sus hijos, se vio obligada a llevarlos al Hospital Argerich, puesto que “habían perdido mucho peso”. Allí se diagnosticó que los niños padecían un cuadro de desnutrición. Ante semejante diagnóstico, el médico recetó el suministro de “leche de vaca entera”, cuestión que no se pudo llevar a cabo, atento a que el Hospital alegó que no le quedaba más leche.

María Delia solicita como medida urgente que se ordene al G.C.B.A. que inmediatamente les haga entrega de un bolsón que contenga elementos nutricionales suficientes para siete personas, a fin de revertir el mal estado en que se encuentran. Cerrudo por sí y en representación de sus hijos inicia la presente acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proceda a suministrar la alimentación digna y necesaria para la

subsistencia de su grupo familiar, hasta tanto se la inserte en algún “programa social de apoyo”.

A fin de evitar un posible perjuicio grave e inminente a la salud del grupo familiar de la accionante, el Juez hace lugar a la medida cautelar solicitada. En consecuencia ordenó a la Secretaría de Desarrollo Social del G.C.B.A. a que inmediatamente incorpore a la Sra. María Delia y su familia en el Programa “Vale Ciudad” en forma provisoria, a cuyo fin deberá entregar una chequera teniendo en cuenta la composición del grupo familiar. Alternativamente y a fin de facilitar el aseguramiento de los derechos de la amparista y su familia, el Gobierno de la Ciudad podrá optar por entregar en forma inmediata un “bolsón” con los alimentos necesarios para una adecuada alimentación del grupo familiar por lo menos durante una semana. Dicha entrega deberá repetirse todas las semanas durante la vigencia de la medida cautelar. El día de entrega queda a criterio de la Administración, quien deberá comunicarlo fehacientemente en esta causa, detallando los alimentos que integrarán el “bolsón”, dentro de los tres días de tomar conocimiento de la presente medida.

Para ello tuvo en cuenta, como elemento de especial relevancia a la hora de valorar la procedencia de conceder la tutela cautelar, el hecho de que se encuentran en juego derechos de personas menores de edad, tuvo en cuenta que “los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4, inc. 1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica-, del art. 24, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar”. Ahora bien, en cuanto al peligro en la demora, con la documentación aportada la amparista ha demostrado ser la madre de tres de los cinco menores mencionados con los certificados de nacimiento que acompaña y, que se encontraría a su cargo un hijo de su esposo (ver documental reservada en Sobre C-51). También ha acompañado una constancia firmada por la doctora Cecilia Campana, médica del Centro de Salud N° 3, dependiente del Hospital de Agudos Cosme Argerich, donde se indica que los cuatro hijos de la actora se encuentran con bajo peso (ver documental reservada). A su vez, a fs. 14 se han agregado en fotocopias tres constancias de la misma profesional, donde se expresa que los niños fueron atendidos en el mismo centro asistencial el 17/02/03 por desnutrición, diagnosticándose “bajo peso”, para luego indicar la necesidad de que consumieran “leche de vaca entera”.

1.2.1.2. Estructura de los derechos fundamentales

En ambos casos descriptos arriba se habla de "derechos", incluso de violaciones a los derechos de los afectados. Sin embargo, qué significa tener derechos? Se pueden ensayar varias aproximaciones para responder a esta pregunta. Por ejemplo, es probable que desde una:

- **Perspectiva filosófica y ética.** La respuesta a esta pregunta devenga en una discusión acerca de la justificación de los derechos, del problema de la universalidad-relatividad de los derechos¹;
- **Perspectiva del derecho.** Es probable que la respuesta a la pregunta dependa de la constatación, por ejemplo, de si en un determinado ordenamiento jurídico se encuentran positivizados expresa o implícitamente algunos derechos; del alcance, contenido y limitaciones a los derechos; de la eficacia de las normas que positivizan esos derechos;
- **Perspectiva sociológica.** La respuesta a esta pregunta puede devenir en una discusión acerca de las "representaciones sociales" sobre los derechos; de la implementación, efectividad y eficacia de las normas sobre los derechos; de los actores sociales que intervienen en el procedimiento de creación-aplicación y ejecución de los derechos²;
- **Perspectiva económica y política.** Es probable que la respuesta a la pregunta devenga en discusiones acerca de la distribución de los recursos para generar las condiciones que hagan posible el ejercicio de los derechos; en la discusión acerca de los derechos como pregunta acerca de posibilidades de ejercicio de un cierto contrapoder, de la lucha actual por la ampliación de la ciudadanía en términos, por ejemplo, de políticas de inclusión social; o

¹ Véase, por ejemplo, Steiner, Henry; Alston, Philip, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*. Clarendon, Oxford, 1996, págs. 166-255.

² Véase Fariñas Dulce, M.J., *Sociología de los Derechos Humanos*, en Añón, Ma. José, Bergalli, Roberto, Calvo, Manuel y Casanovas, Pompeu, *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, págs. 687-701.

- **Perspectiva histórica.** Tal vez se la aborde desde una reconstrucción de las condiciones que en otra época hicieron posible el reconocimiento y ejercicio de determinados derechos o su obstaculización; incluso, es común hablar de derechos en términos de lucha por el reconocimiento de ciertos derechos a lo largo de la historia, que implicó la inclusión o exclusión de grupos de personas a la ciudadanía³.

Sin embargo, cualquiera sea la perspectiva desde la cual se discuta esta pregunta, está y estará pendiente la cuestión acerca de la *estructura* de los derechos. Algo así como un mínimo común denominador que permite hablar de "derechos" más allá de la perspectiva desde la cual se plantee la pregunta acerca de qué significa tener derechos.

Así, si se habla de un "**derecho a algo**", entonces, necesariamente se presuponen tres elementos. Tanto en los ejemplos a) y b) arriba transcritos, aparecen estos tres elementos, a saber:

El titular o los titulares (a),
El o los destinatarios (b) y
El objeto-prestación de los derechos (G)

Estos tres elementos están vinculados a través de **relaciones normativas**⁴, ya sea en términos de facultades de **hacer o no hacer algo**, si se las ve desde la perspectiva del titular del derecho. Esas relaciones normativas se leen en términos de obligaciones de hacer o no hacer algo, si se las ve desde la perspectiva del destinatario, el sujeto obligado.

En el primer caso: los sujetos titulares, adultos y niños detenidos (a) tienen derecho a que se *respete* su integridad física y psíquica (G). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el

³ Hufton, Olwen, *Historical Change and Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1994*, Basic Books, New York, 1995.

⁴ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1994, cap. 1.

caso "Bulacio"⁵, "en cuanto a las condiciones de detención, [que] si bien toda detención debe cumplir ciertos estándares mínimos⁶,

"...que aseguren la observancia de los derechos y garantías..., es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención". En el ejemplo, se trata de la detención de niños, por ello, las obligaciones estatales se delimitan teniendo en cuenta las diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha señalado y advertido que se reconoce en diversos instrumentos internacionales, que la detención de niños debe ser excepcional y por el período más breve posible⁷".

A su vez, los destinatarios, en este caso los agentes estatales (b), tienen la *obligación*, en este caso, de no hacer, es decir de no realizar acciones (G) que impliquen violaciones a la libertad de las personas, es decir, primero no realizar detenciones ilegales; segundo, si la detención es legal de no realizar acciones que menoscabe la integridad física y psíquica de las personas detenidas. El objeto de este derecho es la abstención de intervenir en la integridad psíquica y física de los detenidos (G). Esta es la estructura que subyace al primer caso y a cualquier otro caso, cuyo objeto del derecho (G) sea una abstención de intervenir; es decir, en cualquier otro caso, en el que la obligación del sujeto destinatario tengo por objeto una obligación de no-hacer, de abstenerse. En este sentido, tener derechos, implica un derecho de defensa o de prestación negativa o de abstención dirigido contra el estado.

⁵ Caso *Bulacio vs. Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18/9/2003.

⁶ Eur. Court HR, *Dougoz v. Greece* Judgment of 6 March 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-II, párrs. 46 and 48. Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, European Union. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], parr. 33-34.

⁷ Artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; y reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985).

En el segundo caso los sujetos titulares, adultos y niños Cerrudo (a) tienen derecho a que se *respete* su integridad física y psíquica, su salud, mediante un hacer algo que les *asegure* una alimentación razonable (G); es decir, a no sufrir privación de su alimentación. A su vez, los destinatarios, en este caso, los agentes estatales (b), tienen la *obligación de hacer*, es decir de realizar acciones positivas (G) que impliquen posibilitar o generar las condiciones para que se proteja la integridad física y psíquica de los niños Cerrudo y de sus padres. El objeto de este derecho es un hacer (G). Ahora bien, el primer caso también se puede analizar en términos de derechos que implican una obligación de hacer por parte del estado. La situación describe la detención de niños, en este sentido, afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que "para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido⁸." Por último, los agentes estatales tienen "la obligación de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aún cuando éste no lo haya solicitado⁹".

Esta es la estructura que subyace al segundo caso y, en parte, al primero, y a cualquier otro caso, cuyo objeto del derecho (G) sea una acción de prestación positiva, de intervenir; es decir, en cualquier otro caso, en el que la obligación del sujeto destinatario tenga por objeto una obligación de hacer algo. En este sentido, tener derechos, implica un derecho de prestación positiva o de intervención dirigido al estado.

Ahora bien, ambos derechos, tanto el derecho de defensa (también llamado, de prestación negativa, o de no-intervención), como el derecho de prestación positiva o de intervención presentan igual estructura. Es decir, sujeto titular o activo del derecho (a), sujeto pasivo o destinatario o sujeto obligado por el derecho (b) y el objeto del derecho (G). Sí difieren en algo, esto es en cuanto al contenido del objeto del derecho. En el primer caso se trata de un no-hacer en el segundo caso de un hacer. Un clásico derecho civil puede ser de prestación positiva o negativa,

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, 28/8/2002 *sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 78. Ver un análisis de la OC-17/2002 en BELOFF, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.

⁹ Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, 9th General Report [CPT/Inf (99) 12], par. 21.

según el caso; además, un derecho social, puede ser de prestación positiva o negativa, según el caso¹⁰.

Si se tiene en cuenta esta estructura mínima de los derechos se pueden explicar las varias clasificaciones de los derechos. Así, puede haber tantas clasificaciones de los derechos según tomen como criterio el sujeto titular de los derechos, el sujeto obligado de los derechos y el objeto de los derechos. Incluso algunas clasificaciones más sofisticadas surgen de la combinación de uno o varios elementos de la estructura de los derechos.

1.2.1.3. Clasificaciones de los derechos que toman como criterio el sujeto titular del derecho

Desde esta perspectiva se habla de:

- (a) derechos **individuales** y de derechos **colectivos**;
- (b) derechos **generales** y derechos **específicos** (de los niños de las mujeres, de los ancianos, de las personas con necesidades especiales, entre otros);
- (c) derechos de **primera, segunda, tercera y cuarta generación**.

En el primer caso (a), el titular del derecho es una persona individual o un conjunto de personas individualizables cuya pretensión de titularidad, ejercicio y reclamo (en caso de violación) del derecho es divisible. En el segundo caso, el titular del derecho es un colectivo conformado por un

¹⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1994, cap. 9; Arango, Rodolfo, "Realizing Constitutional Social Rights Through Judicial Protection", en *Beyond Law*, June 2002, vol. 9, págs. 71-85.; Abramovich, Víctor; Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

conjunto de personas cuya pretensión de titularidad, ejercicio y reclamo del derecho es indivisible¹¹ o difícilmente divisible¹².

Además, si se sigue teniendo como criterio relevante la titularidad de los derechos se habla de *derechos generales* y de *derechos específicos*. En este segundo grupo, están incluidos los *derechos de los niños y jóvenes*, de las mujeres, de los ancianos, de las personas con necesidades especiales. Esta clasificación tiene como relevante, además, ciertas características, por lo general, de vulnerabilidad¹³, de los sujetos de derechos, que implica que se les reconozcan no sólo los

¹¹ López Calera, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos, Ariel, Barcelona, 2000, págs. 37.

¹² En algunos casos se habla de "derechos colectivos" en tanto el sujeto es un conjunto de persona que conforman una comunidad indígena. En este sentido, puede ser citado como ejemplo, el Caso de la Comunidad Paynemil. La defensora Oficial de Menores de la Provincia de Neuquén, Argentina, interpuso una acción de amparo contra el Estado para que se provea agua en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades de la comunidad afectada, se practique el diagnóstico y tratamiento de los niños afectados y se adopte las medidas pertinentes para impedir en el futuro la contaminación del suelo y del agua. El amparo procuraba garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirmó la sentencia de primera instancia y se hizo lugar a la acción de amparo estableciendo los siguientes extremos: surgía de la prueba del expediente que el estado provincial (integrantes del Poder Ejecutivo) conocían que el agua que utilizaba para consumo la Comunidad Paynemil estaba contaminada. Así, sostiene que el estado ha incurrido, por la omisión de actuar con la debida diligencia, en una violación del derecho a la salud, al medio ambiente salo de la comunidad y, en particular de los niños. Así, condenó al Poder Ejecutivo Provincial a que adopte las medidas para: a) proveer por el término de dos días de 250 litros de agua potable diarios por habitante; b) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; c) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendentes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesado en los integrantes de la comunidad y, en caso afirmativo, iniciar los tratamientos necesarios para la protección de la salud y d) tomar las medidas necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación. Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, caso Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo, Expte. nro. 311-CA-1997, 19 de mayo de 1997, en Abramovich, Víctor; Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, págs. 138 sgts.

¹³ Véase, Voto Concurrente del Juez Cancado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, 28/8/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 5/7. Un análisis crítico de la OC-17 en Beloff, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano, Buenos Aires, del Puerto, 2004, cit..

derechos que se les reconocen a todas las otras personas sino también algunos otros más. Un derecho humano es un derecho humano del niño, cuando el sujeto titular del derecho es una persona que tiene hasta un cierto límite de edad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en su Opinión Consultiva OC-17 que:

"[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad".

En atención a las clasificaciones arriba ensayadas, se diría que un derecho humano del niño, es un derecho específico. Se habla así de "proceso de especificación": si bien siguen siendo los sujetos titulares los seres humanos, se les reconoce algunos otros derechos en atención a "situaciones y necesidades fácticas diferentes y plurales, desde un punto de vista cultural, social o biológico"¹⁴. En este sentido, encuentra interpretación el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 cuando enfatiza que "en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles", razón por la cual "necesitan especial consideración". Por ejemplo, esa especial protección¹⁵ surge con claridad de la fundamentación de la responsabilidad internacional de la República Argentina en el caso "Bulacio". Walter David Bulacio tenía 17 años cuando fue detenido por la Policía Federal Argentina, era un niño¹⁶. Fue detenido a través de una práctica policial que incluía la denominada *razzia*, detenciones por averiguaciones de identidad y detenciones por edictos contravencionales de policía. A su vez, existía un *Memorandum* 40 que facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos. La Corte señala que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción. *De acuerdo con la*

¹⁴ Fariñas Dulce, M.J., Sociología de los Derechos Humanos, pág. 690.

¹⁵ En cuanto a la caracterización de los derechos de los niños, véase Fanlo Cortés, Isabel, "Los derechos del Niño y las Teorías de los Derechos: Introducción a un Debate", Justicia y derechos del Niño Nro. 4, Noviembre 2002, UNICEF, págs. 67-84).

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, 28/8/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 42.

Corte –y más allá de lo problemática que es esta categoría- cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”¹⁷.

Una nueva clasificación surge si se tiene en cuenta cuándo se produce la ampliación de la titularidad de los derechos a grupos de sujetos que estaban excluidos de su titularidad y goce. Aquí subyace la idea de **“lucha por el reconocimiento”**¹⁸. Los derechos se clasifican entonces en derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación¹⁹.

¹⁷ Cfr., OC-17/2002, 28/8/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 56.

¹⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 511: “Las relaciones concretas de reconocimiento que un orden jurídico legítimo no hace sino sellar, provienen siempre de una “lucha por el reconocimiento”. Esta lucha viene motivada por el sufrimiento que produce el desprecio concreto de que uno es objeto y por la rebelión contra él. Son ... experiencias de humillación de la dignidad humana. Esta disputa en torno a la interpretación de las necesidades no puede delegarse ni en los jueces ni en los funcionarios, ni siquiera en el legislador político”.

¹⁹ Esta clasificación suele ser criticada por diversos motivos. En este sentido, véase, Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Ed. del Puerto, 1998, págs. 56-57. Objeta esta clasificación en tanto se basa en situaciones que no se refieren a derechos humanos propiamente dichos sino a “libertades públicas”. Agrega que la “elección de la variable es caprichosa”. Así, si en vez de computar el derecho interno, se tratara del derecho internacional, entonces, según la autora, podría afirmarse que los derechos económicos, sociales y culturales tuvieron tratamiento y positivización internacional mucho antes de la Segunda Guerra Mundial. “... las Declaraciones de Derechos ... enunciaron derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y, respecto de estos últimos, ellas son la norma sustantiva que permite el reclamo. Asimismo, en todos los casos -civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- hay aspectos o contenidos de los derechos protegidos de exigencia inmediata. Tampoco es claro que la abstención del estado satisfaga el objetivo de la resocialización de las penas privativas de la libertad o del derecho a la jurisdicción si el número de jueces, por ejemplo, no es el adecuado a la población del país, menos aún puede decirse que en lo económico, social y cultural todo deba ser fruto de un hacer. Cuando los estándares logrados son más favorables que los mínimos previstos en la norma, toda medida regresiva es violatoria de las normas. Finalmente, la consistente doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se ve muy contrariada con la doctrina de las generaciones”.

Los **derechos de primera generación** son los clásicos derechos civiles, que implican por parte del sujeto obligado una abstención de intervenir en la titularidad, goce y ejercicio de ese derecho salvo que el ejercicio de este derecho implique un daño a tercero. Los sujetos titulares de estos derechos son todas las personas. Como hecho histórico emblemático de su reconocimiento se señala a la Revolución Francesa de 1789.

Los **derechos de segunda generación** son aquellos que reconocen como sujeto a las personas pero en relación con la actividad que desempeñan, en especial, en el trabajo (obrero, sindicalista, entre otras) o en relación con el estado de vulnerabilidad en que se encuentran las personas (desempleado, anciano). En este grupo de derechos también se incluyen derechos colectivos que se les reconocen, por ejemplo, a las asociaciones de trabajadores, sindicatos, como ejercicio de contrapoder frente al poder del empleador en la negociación de las condiciones laborales en representación de los trabajadores del sindicato. La lucha por la inclusión en términos de derechos sociales puede ser interpretada en términos de lucha por la igualdad fáctica. Si bien la garantía general de "igualdad ante la ley" forma parte de los clásicos derechos civiles, esta fue interpretada más que nada como una garantía tendente a garantizar la igualdad jurídica. Así, el disparador de este cambio es la irrupción de puntos de vista de ética social en el derecho: "El punto de vista de la ética social exige una interpretación diferenciadora de relaciones jurídicas formalmente iguales, pero materialmente distintas, interpretación y relaciones en las que unas mismas instituciones jurídicas cumplen diversas funciones sociales"²⁰. Se positivizan o se potencian nuevos ámbitos jurídicos tales como el derecho laboral, el derecho social y el derecho económico. Como hecho histórico se señala la sanción de la Constitución de México de 1917 y de Weimar de 1919. Sin embargo, estos derechos surgen en el marco de un proceso que se inicia con la Revolución Industrial a fines del S XVIII y que se extiende hasta avanzado en S XX ilustrándose también a través de la Revolución del Proletariado en Rusia.

Los **derechos de tercera generación** suelen ser llamados también "derechos de solidaridad": el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al patrimonio común de la humanidad. Estos derechos presentan en términos de titularidad de derechos su ampliación a sujetos colectivos tales como "la humanidad", "un grupo de personas", "una comunidad". Se interpreta que estos derechos requieren también en términos de sujetos destinatarios una ampliación hacia sujetos colectivos. En tanto para, por ejemplo, la protección del medio ambiente se requiere la acción solidaria de diversos sujetos y en conjunto: El Estado, el

²⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 480.

acuerdo de Estados, por ejemplo, en el seno de Organismos Internacionales, las ONG, la comunidad, entre otros. No se identifica un hecho histórico aislado como hito de reconocimiento de este tipo de derechos, pero tal vez puedan darse ejemplos emblemáticos en el S XX que hablan de la urgencia del cumplimiento de estos derechos, tales como Hiroshima y Nagasaki, Chernobil, la tala del Amazonas, la contaminación de las napas de agua.

Por último, se habla de **derechos de cuarta generación o "derechos de pertenencia geográfica y protección"**. Aquí la lucha²¹ por el reconocimiento habla de derechos a favor de cada una de las personas que conforman grandes masas que se ven obligados a emigrar de su comunidad de origen o pertenencia debido a conflictos armados sin la posibilidad de establecer un plazo cierto para el retorno. Ejemplos típicos de estos derechos son los que conforman el régimen internacional de los derechos de los **refugiados**, como así también el derecho de **asilo** reconocido en el ámbito regional o en las constituciones de los estados.

1.2.1.4. Clasificaciones de los derechos que toman como criterio el objeto del derecho

Si se toma como relevante el **objeto de la prestación del derecho** entonces se los clasifica en derechos de **prestaciones negativas y derechos de prestaciones positivas**. Se los suele clasificar también en **derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, derechos sociales, derechos culturales**, entre otros. Esta clasificación apunta más al tipo de contenido de la facultad/obligación, que a si se trata de una obligación de hacer o no hacer. Por eso, se prefiere trabajar con detenimiento la primera, por ser más abarcativa.

Así, se puede hablar de derechos civiles de prestación negativa y derechos civiles de prestación positiva, como así también de derechos sociales de prestación negativa, como derechos sociales de prestación positiva. Por lo demás, esta preferencia encuentra otra razón. Ayuda a correr un velo. Algunas clasificaciones apuntan a distinguir los derechos civiles como derechos de no-

²¹ La lucha por la inclusión, por el reconocimiento, es una lucha hoy no monopolizada por sindicatos o partidos políticos en virtud de la irrupción de nuevos movimientos sociales que encabezan también estas luchas, véase Fariñas Dulce, M.J., *Sociología de los Derechos Humanos*, en Añón, Ma. José, Bergalli, Roberto, Calvo, Manuel y Casanovas, Pompeu, *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, págs. 693.

intervención o de prestación negativa, mientras que serían los derechos sociales de prestación positiva. Sin embargo, a poco de andar en el análisis de la estructura de los derechos en términos de prestaciones se vislumbra que un derecho civil típico como es el derecho de propiedad, no implica sólo un no hacer en términos de no intervenir ilegítimamente en la propiedad, sino también un hacer del estado en términos de configuración del derecho a través de legislación, a través del armado de un poder judicial que los proteja en caso de afectación. Que estas prestaciones estatales estén "naturalizadas" no significa que no sean prestaciones positivas.²²

1.2.1.5. Los derechos de prestaciones negativas: tres grupos

Los derechos de prestaciones negativas se pueden subdividir en tres grupos de acuerdo con la especificidad de la conducta debida.

Los derechos **a no impedir o intervenir en las acciones del titular del derecho**. Aquí cuentan como ejemplos, el derecho a no-intervención en la facultad del titular del derecho permanecer, entrar y circular por el territorio de un país.

Los derechos **al no-perjuicio de cualidades y situaciones de los titulares del derecho**. En este sentido, cuenta como ejemplo el caso presentado al inicio de este capítulo. Los adultos y los niños detenidos tienen derecho a no sufrir menoscabos en su integridad física y psíquica. Así, la Corte Interamericana afirma que toda persona que sea detenida "tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal"²³. En el caso "Bulacio"²⁴ la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó, que al Estado, como garante de estos derechos de los detenidos, le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia." La Corte agrega que cuando la persona detenida es un niño, como en el caso de "Bulacio", que tenía 17 años al momento de la detención, el estándar de control de cumplimiento de la obligación estatal es aún más estricto: "La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta

²² Abramovich, Víctor; Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 21.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides*, párr. 87; *Caso Durand y Ugarte*, párr. 78; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, párr. 195.

²⁴ *Caso Bulacio vs. Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18/9/2003.

la especial vulnerabilidad de aquél²⁵... Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad. La vulnerabilidad del detenido se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria. Entonces la persona se encuentra en completa indefensión, de la que surge un riesgo cierto de que se transgredan otros derechos, como son los correspondientes a la integridad física y al trato digno²⁶. Así, el Estado debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a una persona que presentaba condiciones físicas normales cuando se inició su custodia²⁷ y durante ésta o al término de la misma empeoró". Afirma la Corte que, si Walter David Bulacio fue detenido en buen estado de salud y posteriormente, murió, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos²⁸. Como así también cuenta aquí el caso Cerrudo. En tanto una vez realizada la prestación positiva, estos niños y adultos tienen derecho a no sufrir menoscabo en su salud por interrupción de las prestaciones alimentarias. En cuanto a las situaciones se refieren a no sufrir injerencias en el domicilio o en la correspondencia o papeles privados.

Finalmente, se encuentran los derechos **a la no-eliminación de las posiciones jurídicas del titular del derecho**. Algunos derechos requieren necesariamente de su configuración por medio de normas jurídicas. En este sentido, los códigos civiles de los estados de derecho pueden ser interpretados como configuraciones del derecho de contratar cualquiera sea el alcance del

²⁵ Eur. Court HR, *Iwanczuk v. Poland* (App. 25196/94) Judgment of 15 November 2001, para. 53.

²⁶ Caso Juan Humberto Sánchez, párr. 96; Caso Bámaca Velásquez, párr. 150; y Caso Cantoral Benavides, párr. 90.

²⁷ Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 100. En igual sentido, cfr., Eur. Court HR, *Salman v. Turkey* judgment of 27 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, párr. 98; Eur. Court HR, *Timurtas v. Turkey* judgment of 13 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VI, párr. 82; Eur. Court HR, *Selmouni v. France* judgment of 28 July 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, párr. 87; Eur. Court HR, *Ribitsch v. Austria*, supra nota 78, párr. 34; and Eur. Court H. R., *Case of Tomasi v. France*, supra nota 78, párrs. 108-110.

²⁸ Cfr., Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 100. En igual sentido, cfr., Eur. Court HR, *Salman v. Turkey*, supra nota 83, para. 98; Eur. Court HR, *Timurtas v. Turkey*, supra nota 83, para. 82; Eur. Court HR, *Selmouni v. France*, supra nota 83, para. 87; Eur. Court HR, *Ribitsch v. Austria*, supra nota 78, para. 34; and Eur. Court H. R., *Case of Tomasi v. France*, supra nota 78, paras. 108-110.

contenido del derecho. Así, el titular del derecho de contratar tendría un derecho a la no-eliminación en abstracto de esta posición jurídica conformada por el conjunto de normas que configuran ese derecho.

1.2.1.6. Los derechos de prestaciones positivas: dos grupos

Los derechos de prestaciones positivas pueden clasificarse según que la obligación del destinatario sea una prestación positiva fáctica o una prestación jurídica. Así, se habla de:

- Derechos de prestaciones **positivas fácticas**, por ejemplo, que aseguren el "**mínimo existencial**" o en el caso Cerrudo el derecho a prestaciones positivas que aseguren una alimentación adecuada. Ciertamente estas prestaciones se suelen materializar a través de normas jurídicas, sin embargo esto no obstaculiza al carácter fáctico del tipo de prestación. Cómo se cumple con el derecho es irrelevante, lo importante es que se cumpla.

Por el contrario, para los derechos a prestaciones positivas como acciones **normativas**, no es irrelevante la forma²⁹. En reiteradas oportunidades ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la norma general consagrada en el Art. 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos implica la obligación que tiene el estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a "*organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*"³⁰. Justamente esto último es en términos de derechos un derecho general a una prestación positiva jurídica de organización. Esta obligación no está destinada sólo a la existencia formal de legislación. Exige de acuerdo con el artículo 1. Las obligaciones de los estados respecto de la CADH³¹: de "respetar", de

²⁹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1994, págs. 171-181.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, 28/8/2002 *sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, págs. 81 con más citas.

³¹ Esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales, por ejemplo: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (artículo 1), Carta de las Naciones Unidas (artículo 55.c), Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1 y 2.2), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención

"garantizar", sin "discriminación". *"Respetar"*: exige que el estado y todos sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales; *"garantizar"*: implica emprender todas las acciones necesarias para que las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos: adecuar la legislación al ordenamiento internacional, asegurar que las normas operen dentro de la jurisdicción, establecer recursos adecuados y eficaces para protección, crear las condiciones necesarias para que los derechos puedan ser ejercidos, remover obstáculos, promover, implementar políticas para igualar.

1.2.1.7. Conclusiones parciales

La estructura de los derechos incluye como mínimo tres elementos que se encuentran en relación: **"sujetos titulares"**, **"sujetos destinatarios"** y **"objeto"** de los derechos. La clarificación de la estructura de los derechos debe tener que permitir al lector de este módulo poder clarificar, por lo menos, dos cuestiones:

a) Este "mínimo común denominador" sirve para explicar *qué significa cuando alguien dice "tengo un derecho"*. Se puede decir entonces que *tener un derecho implica, que alguien, el titular, puede exigir a otro, el sujeto destinatario obligado, que haga o no haga algo, dependiendo esto último del tipo de objeto que implique el derecho en cuestión.*

b) *Diversas clasificaciones se ensayan respecto de los derechos*: En este sentido, esas clasificaciones se realizan utilizando algún criterio que puede tomar como relevante al sujeto titular, al sujeto destinatario o al objeto de los derechos. Incluso puede surgir de la combinatoria de uno o más criterios. Sin embargo, ninguna es más o menos verdadera, más o menos falsa como si se tratara de cuestiones de hecho³². Estas clasificaciones pueden ser "serviciales" "útiles" de acuerdo con el interés que persiga quién las formule o aplique.

Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 7), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1), Carta Social Europea (Preámbulo), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículo 1), y Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2), entre otros.

³² Véase, Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pág. 90.

De acuerdo con los objetivos de enseñanza y de aprendizaje de este Módulo se considera de utilidad mantener las clasificaciones que toman como relevante el sujeto titular del derecho; en especial aquella que distinguen entre derechos generales y derechos específicos; derechos individuales y colectivos. Asimismo, se mantiene aquella que toma como relevante el objeto de la prestación y clasifica entre derechos de prestaciones positivas y derechos de prestaciones negativas. Se considera que estas ayudan para explicar los "derechos humanos de los niños".

1.2.2. Capítulo 2: Características de los derechos humanos, fuentes y métodos de interpretación

1.2.2.1. Introducción

El apartado anterior ha tenido como objetivo analizar la estructura de los derechos para explicar de qué hablamos cuando hablamos de derechos. Sin embargo, no se ha propuesto responder: *qué significa tener un derecho humano. Un derecho es un derecho humano cuando se le puede atribuir determinadas características y cuando emana de determinadas fuentes.*

Por eso, este apartado tiene por objetivo: conocer las características que posee un derecho humano para distinguirlo (o no) de un derecho constitucional, legal, provincial, municipal, entre otros, e identificar las fuentes de derecho que permiten conocer cuándo un derecho es un derecho humano.

1.2.2.2. Características de los derechos humanos

Los derechos humanos presentan ciertas características:

1. Son **universales**. Esta característica se refiere a los sujetos titulares y destinatarios de los derechos humanos. Se le reconocen a todos los seres humanos y justamente "sólo por la razón de ser un humano". Esto quiere decir que a nadie se le puede negar la calidad de sujeto titular de un derecho humano por su pertenencia a una determinada nacionalidad, religión, profesión de creencia política, grupo cultural, étnico, etario, clase social, entre otras. En este sentido, es enfática la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1 cuando proclama: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*. Este texto coincide, a su vez, con el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Últimamente se ha reafirmado el carácter universal de los derechos humanos. Así, la Declaración adoptada en Viena el 25/6/1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos proclama que el carácter *universal* de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no admite dudas (párrafo 1). Agrega, que todos los derechos humanos son "universales, indivisibles e interdependientes entre sí" y que, sin desconocer particularidades nacionales o regionales y los distintos patrimonios culturales "los estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales" (párrafo 3).³³ Últimamente ha enfatizado la Corte Interamericano de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva Nro. 18 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados que: "El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no-discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales"³⁴. Agrega que,

³³ La característica de universalidad de los derechos humanos ha generado fuertes críticas, especialmente cuando tras la bandera de la defensa de los derechos humanos se ha tratado de justificar acciones de imperialismo. Incluso, desde aquellas que reivindican la protección de los derechos humanos, se formulan posiciones contextualizadas de los derechos humanos a través de una "hermenéutica diatópica" para posibilitar un diálogo intercultural; en este sentido, véase Santos, Boaventura de Sousa, "*La transición posmoderna: derecho y política*", en *Doxa*, N° 6, 1989, págs. 223-263; Santos, Boaventura de Sousa. "*Toward a Multicultural Conception of Human Rights*", en *Beyond Law*, June 2002, vol. 9, págs. 9-32: v. acerca de la pregunta sobre los derechos e interpretar y aplicarlos según su propia cultura, filosofía, tradiciones locales e intereses nacionales y económicos. La tensión no es de menor importancia. Esta tensión entre la pretensión de universalismo que eleva la validez de los derechos humanos y la pretensión de interpretarlos de acuerdo con contextos específicos de aplicación requiere ser analizada distinguiendo dos planos de análisis: el de la justificación de los derechos (razón teórica) y el de la aplicación práctica de los derechos (razón práctica). Véase, Fariñas Dulce, M.J., *Sociología de los Derechos Humanos*, en Añon, Ma. José, Bergalli, Roberto, Calvo, Manuel y Casanovas, Pompeu, *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, págs. 695.

³⁴ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la

“el hecho de estar regulado el principio de igualdad y no-discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un *deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos*, emanado de aquel principio general y básico”³⁵.

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cons. Nro. 18, 17 de septiembre de 2003, sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: El principio de igualdad ante la ley y la no-discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que: “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la *unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza,

2. Son **innatos**: es decir, son *inherentes* a todo ser humano desde el comienzo de su vida³⁶: "Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política"³⁷.
3. Son **irrenunciables**: se le reconocen a todos los seres humanos y ningún humano puede válidamente renunciar a ellos, ni permitir que un estado, comunidad, sociedad no los respete.
4. Son **inalienables**: los derechos humanos pertenecen a la humanidad de la persona, a su "esencia". No puede la persona apartarse de él. En este sentido, es imposible su enajenación, transferencia o transmisión.
5. Son **imprescriptibles**: los derechos humanos no se pierden por el transcurso del tiempo o por su no-ejercicio.
6. Son **indivisibles**: los derechos humanos dependen el uno del otro. En este sentido, no se puede suprimir uno sin que se ponga en peligro la validez de los demás. Así, no es posible el cumplimiento de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales³⁸. Se complementan y son interdependientes.³⁹

con cita de la OC-17/2002, 28/8/2002 sobre *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 45. El resaltado nos pertenece.

³⁶ Véase crítica, a la vaguedad del concepto de derecho humano por esta característica, en tanto cuándo hay vida, véase Atienza, M., *Las Razones del Derecho*, Ariel, Barcelona.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op. Cons. Nro. 18, 17 de septiembre de 2003, sobre *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

³⁸ Para una análisis crítico de "interdependencia" e "indivisibilidad", véase, García Méndez, Emilio, *Derechos Humanos: Origen, Sentido y Futuro: Reflexiones para una Agenda.*, el autor sostiene la siguiente hipótesis: "la negativa a aceptar hoy la prioridad de los dcp (derechos civiles y políticos), vía la afirmación de que todos los derechos son igualmente prioritarios,

1.2.2.3. Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Si es verdad que nos encontramos, en especial después de la II Guerra Mundial, de la *Shoa* y de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en un mundo en el que "prácticamente nadie *rechaza* realmente el principio de defensa de los derechos humanos"⁴⁰, la identificación de las fuentes, es decir, de dónde emanan esos derechos, en términos de posibilidad de conocerlos, es de suma importancia en el marco de, por lo menos, una "cultura de los derechos humanos"⁴¹.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera las fuentes del derecho internacional:

ha provocado, sobre todo en los países del sur, un aumento de las violaciones de los dcp, al mismo tiempo que no ha provocado ningún avance significativo en el campo de los des" (derechos económicos y sociales).

³⁹ Véase, Scheinin, Martin, *The Integrated Approach: protection of Economic and Social Rights Through Treaties on Civil and Political Rights*, en: Asbjorn Eide, *Economics, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 1995; Cancado Trindade, Antonio, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios de Derechos Humanos, Tomo I (1994). Véase en este sentido el voto concurrente de Cancado Trindade en el caso *Villagrán Morales* sobre derechos de los niños: "El deber del Estado de tomar medidas positivas se *acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la *interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos*". Caso *Villagrán Morales y Otros*, (Caso de los "Niños de la Calle"), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/11/1999, párr. 192-193.

⁴⁰ Lukes, Steven, *Cinco Fábulas sobre los Derechos Humanos*, en: Shute/Hurley (comp.), *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998, pág. 30: la frase transcrita sirve de introducción a un ejercicio que propone el autor en el que se pregunta y pregunta al auditorium acerca del significado de la aceptación del principio de defensa de los derechos humanos en términos de qué formas de pensamiento niega y qué formas de pensamiento supone?, luego, qué supondría no aceptar ese principio?, y, por último, qué supondría tomárselo en serio?

⁴¹ Citar Rabossi, Eduardo, "*La teoría de los derechos humanos naturalizada*", en Revista del centro de Estudios Constitucionales, Nro. 5, enero-marzo, págs. 159-175; Rorty, Richard, "*Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad*", en Shute S. Y Hurley, S., *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid.

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar las **convenciones internacionales**, sean **generales** o **particulares**, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes:

- La **costumbre internacional** como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- Los **principios generales de derecho** reconocidos por las naciones civilizadas;
- Las **decisiones judiciales y las doctrinas** de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

* La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex a quo et bono, si las partes así lo convinieren.

Estas fuentes son aplicables al derecho internacional de los derechos humanos, en tanto éste es una rama especial del derecho internacional general. Las fuentes son clasificadas como **fuentes principales** y **fuentes secundarias, auxiliares o subsidiarias**. Las principales son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Las auxiliares son la jurisprudencia y la doctrina.

El caso *Bulacio* antes citado sirve como ejemplo de aplicación de fuentes de derecho internacional de los derechos humanos a los efectos de determinar la responsabilidad internacional del estado argentino en este caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2003 en relación con los siguientes hechos probados:

Con respecto a la práctica de detenciones masivas: se llevaban a cabo prácticas policiales de detención indiscriminada, que incluían las denominadas *razzias*, las detenciones por averiguaciones de identidad y las detenciones conforme a edictos contravencionales de policía. El *Memorandum* 40 facultaba a los policías para decidir si se notificaba o no al juez de menores respecto de los niños o adolescentes detenidos ;

Con respecto a Walter David Bulacio: Walter David Bulacio nació el 14 el noviembre de 1973 y vivía en la Provincia de Buenos Aires, Argentina; estudiaba en un colegio y trabajaba como *caddie* en un campo de golf, en el que ganaba \$400 (cuatrocientos pesos), equivalentes a US\$400,00

(cuatrocientos dólares) mensuales; el 19 de abril de 1991, la Policía Federal Argentina realizó una detención colectiva, que comprendió al joven Walter David Bulacio, en las inmediaciones del estadio Obras Sanitarias de la Nación, donde se realizaba un concierto de música rock; Bulacio murió el 26 de abril de 1991;

Con respecto a los recursos internos: la causa judicial seguida por las lesiones y muerte de Walter David Bulacio, así como la referida a la detención de éste y otras personas, fueron objeto de diversas actuaciones judiciales, tales como inhibiciones, impugnaciones y recusaciones que han originado una dilación en el proceso. Entre las actuaciones judiciales destacan la separación y reunificación de la causa, sucesivos conflictos de competencia, los cuales han llegado incluso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como decisiones relacionadas con el sobreseimiento del imputado o de la causa en diversas oportunidades, y distintos recursos interpuestos en contra esas decisiones. A la fecha no existe un pronunciamiento firme por parte de las autoridades judiciales sobre el conjunto de los hechos investigados. Nadie ha sido sancionado como responsable de éstos ;

Con respecto a la familia de Bulacio: los familiares de Walter David Bulacio, su padre, su madre, su hermana, su abuela paterna y sus dos medios hermanos. Su padre falleció el 4 de abril de 2000; el padre, la madre, la hermana y la abuela de Walter David Bulacio sufrieron daños materiales e inmateriales por la detención ilegal y la posterior muerte de Walter David . Estas consecuencias en la salud física y psíquica de los familiares de Walter David Bulacio se han mantenido en el tiempo . La impunidad que subsiste en este caso sigue causando sufrimiento a los familiares de Walter David Bulacio.

La Corte decide y, en su caso, declara:

Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado;

... que el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio, y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

... que el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados, en los términos que determina la Sentencia;

... que el Estado debe garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de la presente Sentencia;

... ordena la publicación en el Diario Oficial, por una sola vez, del capítulo VI y la parte resolutive de esa Sentencia; y luego determina las indemnizaciones.

Nos podríamos preguntar, ¿cuáles son las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver el caso *Bulacio*? Mayoritariamente la Corte aplica: **la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño**, en tanto, Walter David Bulacio, al momento de la detención ilegal tenía 17 años, el sujeto titular de los derechos era un niño⁴².

Se condice, así, con lo afirmado por, Medina⁴³ y la doctrina, que advierte que: "El derecho internacional de los derechos humanos está contenido mayoritariamente en tratados. Sin perjuicio de ello, la costumbre y los principios generales del derecho cumplen aun un papel en este campo. Naturalmente, la obligatoriedad internacional de todas estas fuentes es evidente. Sin embargo, advierte Medina, que "los principios generales del derecho no se encuentran a menudo expresamente formulados en los tratados sobre derechos humanos, ya que derivan del derecho internacional general o de los ordenamientos jurídicos nacionales. Algunos de ellos, sin embargo, son particularmente relevantes para esta rama del derecho, como por ejemplo la **buena fe** en el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos por parte de los Estados y el principio de **pacta sunt servanda**. Un principio que es propio del derecho internacional de los derechos humanos es el principio de no-discriminación, que subyace a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y que informa todos los aspectos del ejercicio y goce de dichos derechos".

El caso *Bulacio* suministra un ejemplo de la aplicación del principio general del derecho de *pacta sunt servanda*, en relación con la causa judicial seguida por las lesiones y muerte de Walter David Bulacio, y para que el Estado prosiga y concluya la investigación de las violaciones de los derechos

⁴² Véase párrafo 133) del Caso *Bulacio vs. Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18/9/2003.

⁴³ Medina, Cecilia, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, 1997.

humanos y sancione a las autores y a quienes encubran dichas violaciones, y para que los familiares de la víctima y la sociedad argentina conozcan la verdad sobre los hechos.

Así, en relación con los hechos del caso Bulacio la Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario Espósito, por el delito reiterado de privación ilegal de libertad calificada, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal.

Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente en el ámbito de derecho interno, este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos ... De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de pacta sunt servanda, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes.

De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación.

El Estado ha aceptado su responsabilidad internacional en el presente caso por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, que consagran los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente, en perjuicio de Walter Bulacio y sus familiares. Asimismo, esta Corte ha tenido como probado que a pesar de haberse iniciado varios procesos judiciales, hasta la fecha más de doce años después de los hechos nadie ha sido sancionado como responsable de éstos. En consecuencia, se ha configurado una situación de grave impunidad.

Ahora bien, en el derecho internacional de los derechos humanos es frecuente el uso de **resoluciones de las organizaciones internacionales**, por ejemplo, de Naciones Unidas o de la Organización Americana, que no son en principio vinculantes para los Estados miembros de las mismas. Así, se discute, *¿en qué medida son vinculantes? ¿cuál es su valor jurídico?* Por lo menos, dos son las subpreguntas que nos podemos formular en relación con los objetivos de este capítulo. La primera se refiere a la validez de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La segunda se refiere a otras resoluciones como, por ejemplo, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Pekín).

A favor del valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, se alegan los siguientes argumentos:

Argumento de la accesoriedad: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es dadora de sentido de la Carta de Naciones Unidas, por ello, debería ser considerada vinculante, por lo menos, para los miembros de la ONU; lo mismo se considera respecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre respecto de la Carta de la OEA. Así y en tanto especie de interpretaciones "autorizadas"⁴⁴ de las respectivas cartas deberían gozar de su mismo carácter legal. Es decir, lo accesorio correría la suerte de lo principal.

Argumento de la intención y del compromiso: Una resolución establece estándares respecto de la protección de los derechos humanos, cabe así interpretar que los estados que la adoptan elevan la pretensión de comprometerse a no violar esos estándares que conformarían como una violación a la respectiva Carta.

Argumento de la costumbre internacional: Las respectivas declaraciones o algunos de sus artículos constituirían a la luz del voto de la Asamblea General de la ONU y de la Asamblea General de la OEA, respectivamente, y de la práctica de los estados normas de derecho consuetudinario internacional. Según Pinto, "en el momento de su adopción, la Declaración adelanta una *opinio juris* - conciencia de obligatoriedad, expresión del debe ser- a la que la práctica

⁴⁴ Buergenthal, Thomas, *International Human Rights in a Nutshell*, 1990, West Group.

internacional debe adecuarse con miras a la cristalización, en algún momento posterior, de una costumbre internacional"⁴⁵.

Argumento del precedente: la Corte Internacional de Justicia reconoció en el año 1970 el carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos como una norma jurídica internacional⁴⁶. Por ello, concluye Pinto que, desde ese entonces y en aplicación del principio de intertemporalidad del derecho, la "Carta y la Declaración constituyen un *tandem* que sirve de fundamento a la obligación de respetar los derechos humanos, dentro y fuera de los Estados miembros"⁴⁷ de la ONU.

A su vez, y por lo menos, en tres oportunidades los órganos de la OEA se han pronunciado sobre el carácter vinculante de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

En el caso, Nro. 2.141 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Resolución 23/81. El caso es más conocido por el nombre de "Baby Boy" referido a los Estados Unidos de Norteamérica. La Comisión concluyó, que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es derecho vinculante para ese estado. Los Estados Unidos son estados miembro de la OEA, son parte además en la Carta de Bogotá modificada por el Protocolo de Buenos Aires de 1970, en relación con el cual "las disposiciones de otros instrumentos internacionales y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria"; la Declaración fue adoptada con el voto de los Estados Unidos.

En el caso 9647 (Estados Unidos), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸, entendió en un asunto en el que un grupo de ONG atribuía a los Estados Unidos la comisión de conductas violatorias del derecho humano de no ser sujeto a ejecución de pena de muerte por hechos cometidos por dos peticionarios antes de cumplir los dieciocho años de edad. Para ello alegaron la violación al derecho a la vida garantizado por la declaración que interpretaron como derecho internacional consuetudinario. La Comisión delimitó la cuestión: "si en la legislación norteamericana la ausencia de una prohibición federal respecto a la ejecución de delincuentes menores de edad constituye o no una violación de las normas de

⁴⁵ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Ed. del Puerto, 1998, pág. 37.

⁴⁶ Affaire de la Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, paragraphes 33-34.

⁴⁷ Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Ed. del Puerto, 1998, pág. 37.

⁴⁸ CIDH, Resolución N° 3/87, Caso 9647, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988, OEA/Ser.L/V/III.71, Doc. 9 rev. 1, 22/9/1987.

derechos humanos aplicables a dicho país bajo el sistema interamericano"⁴⁹. La Comisión consideró, primero, que **los Estados miembros de la OEA reconocen una norma de ius cogens que prohíbe la ejecución de niños menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos**⁵⁰. Sin embargo, advierte, que este caso no surge porque haya duda de la existencia de una norma internacional sobre la prohibición de la imposición de la pena de muerte para niños, sino porque los Estados Unidos disputan el alegato de que existe un consenso sobre la mayoría de edad. Si bien la Comisión aceptó ese argumento, enfatizó que esa norma está emergiendo, en vista del número creciente de países la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y que debido a ello han modificado su legislación interna para conformarlos a dichos instrumentos. Por último, delimita nuevamente la cuestión, para la Comisión el factor edad no es la cuestión que pone fin a la discusión. El problema reside en la diversidad en la práctica de los Estados de la Unión - reflejada en el hecho de que algunos de éstos hayan abolido la pena de muerte mientras que otros permiten que ella sea aplicada a niños menores de 10 años- tiene como resultado que se apliquen sentencias totalmente distintas por la comisión de un mismo delito. La privación de la vida por parte del Estado no debería estar sujeta a un factor tan fortuito como el lugar donde el delito fue cometido. **Así, en aplicación de la declaración Americana, concluye que los Estados Unidos violó el Artículo I (derecho a la vida) de los peticionarios al ejecutarlos y, además, el Artículo II (derecho a la igualdad ante la ley): "El ceder a las legislaturas estatales la decisión de si un menor de edad puede o no ser ejecutado no es equivalente a dejar a discreción de cada Estado de la Unión la determinación de la mayoría de edad para adquirir bebidas alcohólicas o para contraer matrimonio. la falla del gobierno federal consiste en no haberse adueñado de la legislación del más fundamental de todos los derechos, el derecho a la vida. De ahí que los Estados Unidos tengan un muestrario de legislación arbitraria."**⁵¹

En la Opinión Consultiva 10/89, sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que de la circunstancia de que la declaración no sea un tratado no se sigue que carezca de efectos jurídicos, ni que la Corte esté imposibilitada para interpretarla. Además: "Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho

⁴⁹ CIDH, Resolución N° 3/87, Caso 9647, párr. 43.

⁵⁰ CIDH, Resolución N° 3/87, Caso 9647, párr. 56.

⁵¹ CIDH, Resolución N° 3/87, Caso 9647, párr. 57, 60 a 65.

de ser miembros de la OEA. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto."

Todos estos argumentos⁵² parecen lo suficientemente convincentes como para no dudar acerca del carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, para los estados de la región, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Con respecto a las demás resoluciones, por ejemplo, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), es de utilidad, tener en cuenta los criterios que Cecilia Medina cataloga para "guiar el examen" de la resolución a los efectos de determinar su valor jurídico:

"... si es una elaboración de una disposición contenida en un tratado;

... si aparece de manifiesto en la misma que los estados consideran su violación como una violación de la Carta;

... si la resolución, puede en conjunto con otros actos, constituir práctica y opinio juris suficiente para considerar el contenido de la resolución como normas de derecho consuetudinario".

Ahora bien, si como fruto del examen no se le puede adjudicar el carácter de vinculante para todos los estados o para los Estados firmantes, Medina, advierte que no queda carente de sentido: "Dependiendo del número de estados que la firmaron y de la representatividad de los mismos (por ejemplo, si los Estados provienen de las distintas regiones del mundo), **la resolución sería una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en un tratado**".

⁵² Últimamente algunos autores sostienen el argumento de la irrelevancia de la discusión: entienden que para algunos Estados miembros en el contexto de Latinoamérica la discusión acerca del valor jurídico de la Declaración Universal y la Declaración Americana ha perdido relevancia pues como fruto de procesos de reforma constitucional, esos instrumentos internacionales han adquirido jerarquía constitucional. Así lo entienden, Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia; Ojea Quintana, Tomás, *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, BID/American University, Washington D.C., 1999, pág. 30.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Bulacio" otorgó sentido a los derechos en términos de condiciones de detención de la CADH y del art. 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la luz de las Reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985). Así afirmó que:

- Si bien toda detención debe cumplir ciertos estándares mínimos⁵³, que aseguren la observancia de los derechos y garantías, es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención⁵⁴.
- En este sentido, se han formulado diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños, que, como lo ha señalado Corte y se reconoce en diversos *instrumentos internacionales*, debe ser excepcional y por el período más breve posible⁵⁵. Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciera este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido⁵⁶. Final-

⁵³ Eur. Court HR, *Dougoz v. Greece* Judgment of 6 March 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-II, párrs. 46 y 48. Council of Europe. Committee on the Prevention of Torture, European Union. 9th General Report [CPT/Inf (99), 12], párrs. 33-34.

⁵⁴ Véase párrafos 133) a 138), del Caso "Bulacio vs. Argentina", Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18/9/2003.

⁵⁵ Artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño; y *Reglas 13 y 19 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985)*. (El resaltado nos pertenece).

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, 28/8/2002 *sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, párr. 78.

mente, el derecho de los detenidos de establecer comunicación con terceros, que les brinden o brindarán asistencia y defensa, se corresponde con la obligación de los agentes estatales de comunicar inmediatamente la detención del menor a esas personas, aún cuando éste no lo haya solicitado.⁵⁷

1.2.2.3.1. Jerarquía de las fuentes en el ordenamiento jurídico interno

El derecho internacional clásico ha dejado librado a las legislaciones internas o domésticas la forma de recepción, de incorporación, de integración del derecho internacional al orden jurídico interno de los estados, ya sea a través de un sistema monista o dualista. ¿Qué interesa desde la perspectiva del derecho internacional?, que cumpla el estado con las obligaciones que contrajo, cómo después en el ordenamiento jurídico interno se reparte el cumplimiento de esas obligaciones, es un asunto que deja librado al estado. Sin embargo, las consecuencias de esa distribución no son ajenas a la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de alguna de las obligaciones internacionales.

Así, de acuerdo con la Convención sobre los Tratados de Viena, un estado no podría oponer las normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional. Por ejemplo, no es un argumento válido que el órgano ejecutivo que tiene a cargo las relaciones exteriores de un país, alegue la falta de responsabilidad del estado porque la acción u omisión violatoria de la obligación internacional le es imputable al órgano judicial. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, en varias oportunidades, que si bien “el Estado-Gobierno,... no puede interferir ni modificar las decisiones del poder judicial, sí asume responsabilidad por los actos de ese poder público en los casos en los que, voluntaria o involuntariamente, por acción u omisión, viola el derecho a la justicia...”.⁵⁸

⁵⁷ Véase párrafo 133) del Caso "Bulacio vs. Argentina", Corte Interamericana de Derechos Humanos, 18/9/2003.

⁵⁸ Caso 10.473, inf. 1/94, consid. 8, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993. Así, se puede afirmar que un estado no agota sus obligaciones internacionales respecto de los derechos humanos a través de una adecuación legislativa de las normas internas a las internacionales de derechos humanos. Todo el ejercicio del poder público debe estar condicionado por las normas de derechos humanos: "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". A

El estudio de la jerarquía de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los estados requiere la realización de una suerte de estudio de derecho comparado. De acuerdo con los ordenamientos internos de los estados que se encuentran obligados por tratados de derechos humanos, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, la resolución de la **jerarquía** de las fuentes ante la pluralidad de las normas existentes, podría ser clasificada en cuatro grupos⁵⁹:

Supraconstitucional: los instrumentos internacionales tienen **jerarquía** por sobre la constitución del estado, así en caso de conflicto tiene preeminencia la norma de derecho internacional de derechos humanos.

su vez, no basta con una organización acorde con los estándares que fijan las normas internacionales de derechos humanos. Todo el accionar estatal, sea por acción u omisión, se vincula a las obligaciones asumidas por ese estado. Así la Convención Americana en su artículo 1.1 establece las obligaciones de los estados de "respetar", de "garantizar", sin "discriminación". La obligación de "respeto" exige que el estado y todos sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales. La obligación de "garantía" requiere que se realicen todas las acciones necesarias para que las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercer y gozar los derechos humanos. Son expresión de la obligación de garantía la de: adecuación de la legislación al ordenamiento internacional, aseguramiento que las normas operen dentro de la jurisdicción, establecimiento de recursos adecuados y eficaces para protección, creación de las condiciones necesarias para que los derechos puedan ser ejercidos, remoción de los obstáculos, promoción, implementación de políticas públicas para lograr una igualación en cuanto al ejercicio de los derechos.

Es asunto interno de cada estado la organización y el ejercicio del poder estatal. Sin embargo, será supervisada internacionalmente por los órganos que crean los respectivos instrumentos internacionales vinculantes para el estado bajo cuestión. Esa supervisión está esencialmente limitada a la verificación del cumplimiento de las obligaciones que asume el estado. Ese accionar estatal está vinculado al cumplimiento de los estándares mínimos en términos de alcances de los derechos y obligaciones. En virtud de ellos serán supervisadas sus acciones. Esos estándares mínimos los encontramos en todo el articulado de los instrumentos internacionales vinculantes para el estado. Todo el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos conforma esos estándares mínimos. Y es de contenido mínimo pues los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la posibilidad de aplicar la norma más favorable para la protección de los derechos (art. 29 CADH, art. 41 CDN). Es decir, si en el estado se encuentra vigente otra norma más favorable para el respeto, garantía y promoción del derecho en cuestión, entonces, esa es la norma aplicable.

⁵⁹ En este sentido, véase Ayala Corao, Carlos M., *El Derecho de los Derechos Humanos (La Convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)*, "El Derecho", T. 160, págs 758-791.

Constitucional: los instrumentos internacionales vinculantes para el estado tienen la misma jerarquía que la constitución del estado.

Supralegal: los instrumentos internacionales vinculantes para el estado tienen jerarquía inferior a la constitución pero superior a las leyes.

Legal: los instrumentos internacionales vinculantes para el estado tienen jerarquía inferior a la constitución e igual jerarquía que las leyes.

El problema de la jerarquía de las fuentes es de relevancia en tanto determina en el orden interno del estado, cuál es el derecho aplicable, cuál norma desplaza a cuál otra. Sin embargo, algunos autores dudan de la relevancia del problema frente a la tendencia del constitucionalismo moderno hacia una "constitucionalización de los derechos humanos"⁶⁰. Las constituciones de los diversos estados utilizan técnicas variadas para adjudicar a los derechos humanos internacionales el mismo valor que los consagrados en las respectivas constituciones. Por ello, ya sea a través de la jerarquía de las fuentes o a través de técnicas de interpretación de los derechos a la luz de los estándares que surgen de los instrumentos sobre derechos humanos; de declaración del reconocimiento expreso de los derechos humanos o de cláusulas abiertas de derechos constitucionales, quien crea, aplica o interpreta el derecho no puede escapar a la pregunta acerca de la irradiación del derecho internacional de los derechos humanos en el otorgamiento de sentido a las normas del orden interno.

Varios autores han intentado clasificaciones de estas técnicas del constitucionalismo para otorgar sentido a los derechos desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

1.2.2.3.2. Interpretación de las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos

De acuerdo con lo analizado anteriormente, existen una variedad de caminos que consagran la obligación de respeto, garantía y promoción de los derechos humanos en el contexto latinoamericano. Sin embargo, ¿basta con conocer cuál es la norma aplicable a la luz de las

⁶⁰ Rodríguez Pinzón, Diego; Martín, Claudia; Ojea Quintana, Tomás, *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, BID/American University, Washington D.C., 1999, pág. 92.

fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y de su jerarquización de acuerdo con cada uno de los ordenamientos jurídicos internos? ¿Alcanza con el conocimiento de las diversas cláusulas constitucionales que declaran en forma vinculante el reconocimiento de derechos humanos? Entendemos que esto es condición necesaria pero no suficiente. Quienes trabajan cotidianamente con la creación, comprensión, interpretación y aplicación del derecho seguramente conocen más de un caso de falta de eficacia de las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno. Es decir, es derecho válido para el estado, sin embargo, los órganos de aplicación interna de las normas no lo tienen en cuenta para resolver los casos que se le presentan a diario sobre los derechos. Pasemos revista a algunos de esos casos, para ello pensemos como cuestión relevante a alguna relacionada con los derechos de los niños:

- No la aplica porque no la conoce. Sin duda, aquí estamos en presencia de un supuesto de mal desempeño de la función, en tanto desconoce el derecho vigente.
- No la aplica pues si bien la conoce, considera que la norma relevante no tiene carácter autoejecutable.
- Considera las normas de derechos de los niños, pero sólo como cita de los artículos de la Convención de los Derechos de los Niños, sin embargo, del análisis de la decisión surge que no ha tenido ninguna trascendencia en la argumentación, ni en la interpretación de los hechos.
- Considera las normas de derechos de los niños, y la aplica pero realizando una interpretación contraria al objeto y fin de la Convención.
- Considera las normas de derechos de los niños y la aplica pero en el marco del paradigma de la situación irregular.⁶¹
- Considera las normas de derechos de los niños, aplica la convención pero selecciona de todas las posibles interpretaciones de la norma la menos favorable a los derechos del niño.

Por supuesto, la lista continúa, no tiene el objeto de ser taxativa. Sin embargo, estos supuestos nos hablan de, por lo menos, dos problemas y de un fuerte presupuesto. Los dos problemas se refieren a dos recursos que se utilizan consciente o inconscientemente para evitar la aplicación de las

⁶¹ Véase en este Manual capítulo sobre Paradigmas y Derechos de los Niños.

normas de derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno. Por supuesto, el estado asume la responsabilidad por los actos del poder judicial en los casos en los que, voluntaria o involuntariamente, por acción u omisión, viola el derecho a la justicia⁶². Sin embargo, lo importante es que los órganos internos del estado apliquen las normas de derecho internacional de derechos humanos vigentes para ese estado, salvo que existe otra norma más beneficiosa para los derechos en juego.

El primer problema se refiere al **carácter autoejecutable** de las normas de derechos humanos. El segundo problema nos devuelve a las cuestiones de interpretación de las normas de derechos humanos. El presupuesto se refiere al lugar desde el cual se está pensando la aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos. Si bien todos los órganos, agentes estatales, son sujetos obligados por estas normas, los problemas se los piensa desde el caso paradigmático del juez. Es decir, de aquél que debe resolver un problema, interpretar el derecho vigente, tomar una decisión y justificarla. Esa interpretación y aplicación de la norma requiere que el juez, el aplacador del derecho, otorgue sentido a las normas de derecho internacional de los derechos humanos de acuerdo con las normas de interpretación de los tratados (art. 31 de la Convención de Viena). Además, debe tener en cuenta que no está interpretando cualquier tratado sino un tratado de derechos humanos que tiene características propias que orientan la interpretación.

⁶² Caso 10.473, inf. 1/94, consid. 8, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993.

1.2.2.3. Interpretación del derecho internacional

Algunos preceptos legales requieren ser interpretados al momento de su aplicación. Este problema se puede presentar aún cuando se haya puesto la mayor diligencia en la formulación clara y precisa de la norma. A su vez, este problema puede ser predicado de casi todo el derecho. Así, Alexy entiende que: "La afirmación de que la aplicación del derecho se reduce a una "subsunción lógica" bajo premisas mayores formadas abstractamente implica una simplificación de la actividad interpretativa de jueces y juristas a los efectos de su reconstrucción lógica y conceptual. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados". Alexy identifica, al menos, cuatro razones:

1. La vaguedad del lenguaje jurídico
2. La posibilidad de conflictos de normas
3. El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y
4. La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales"⁶³.

A su vez, Medina y siempre desde el derecho internacional de los derechos humanos, enfatiza la importancia de la interpretación atendiendo a a) el uso de términos generales - por ejemplo, privacidad, moral pública, entre otros, en las normas y b) su ámbito de aplicación, en tanto las

⁶³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 23-24. (Traducción del alemán de Manuel Atienza e Isabel Espejo); véase, Nino, Carlos, Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 683, 704.

normas de derechos humanos se aplican en distintos tiempos y lugares y, muchas veces, frente a circunstancias no previstas al momento de ser sancionada la norma⁶⁴.

El derecho internacional no guarda silencio frente a estos problemas. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados acerca pautas de interpretación de los tratados, en sus artículos 31 y 32 determina que:

Art. 31 Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por lo demás como instrumento referente al tratado.

3. Justamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término en sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

⁶⁴ Medina, Cecilia, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, 1997.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de prueba de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo e irrazonable.

Estos criterios de interpretación del derecho internacional son aplicables a la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, en tanto son considerados reglas de derecho internacional sobre el tema. Así lo ha sostenido y aplicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva Nro. 3 sobre *Restricciones a la Pena de Muerte* y en la Opinión Consultiva Nro.4 sobre *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con al Naturalización*.⁶⁵

1.2.2.3.4. Interpretación del derecho de los derechos humanos

Las pautas de los artículos transcritos nos orientan hacia la siguiente pregunta: ¿cuál es el objeto y fin de los tratados de derechos humanos? Al respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han preocupado en trabajar las especificidades de estos instrumentos internacionales. La primera caracterización surge a la luz de su comparación con las características de los tratados tradicionales en general.

Los tratados tradicionales se mueven por un accionar dirigido a obtener de la otra parte determinadas prestaciones, a su vez, se obliga a algunas contraprestaciones. Así, los Estados partes persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, especialmente, en aquellos conocidos en la doctrina como tratados-contratos. En este sentido, los Estados, al redactar un tratado, buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 3/83, 8/9/83, párr. 47-49 y OC 4/84, 19/1/84, párr. 21-24.

Los tratados de derechos humanos se refieren a un accionar más comunicativo: No puede considerarse que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos sea equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados⁶⁶, sino busca crear "obligaciones colectivas que disfrutan... (a su vez) de una garantía colectiva"⁶⁷. Los tratados de derechos humanos persiguen el establecimiento de estándares mínimos que los titulares de los derechos, las personas, pueden exigir frente a los sujetos obligados a respetarlos, garantizarlos y promoverlos⁶⁸. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, en este sentido, que:

*"no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".*⁶⁹

El carácter especial de los tratados de derechos humanos tienen las siguientes consecuencias:

La *exceptio non adimplenti contractus*, de acuerdo con la cual el incumplimiento grave de las obligaciones por una de las partes del tratado libera a la otra de las propias. Este es uno de los

⁶⁶ Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Soering*, 7 de julio de 1989, párrafo 87: "al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta su carácter específico de tratado que instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales".

⁶⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña*, Sentencia de 18 de enero de 1979, párr. 239.

⁶⁸ La Corte Internacional de Justicia enfatizó respecto de la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, que: "En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones", en Reservas a la Convención sobre el Genocidio, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil 1951, p. 23.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75)", 24 de setiembre de 1982, párr. 47.

efectos típicos de la reciprocidad que no se aplica a los tratados de derechos humanos. En este sentido, el Art. 60.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, excluye "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados".

Aún más, algunos tratados de derechos humanos prevén que, en caso de violación por algún Estado de alguno de los derechos reconocidos, los demás Estados puedan denunciarlo ante los órganos de protección⁷⁰.

El sistema de reservas tradicional del derecho de los tratados no se aplica sin más a los tratados de derechos humanos. Así, si algún Estado formuló una reserva al momento de ratificación de un tratado de derechos humanos, de ahí no se sigue que no sea obligatoria para el resto de los Estados en virtud de dicha reserva. Además, las reservas deben tener en cuenta el objeto y fin del tratado, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: "los estados que ratifiquen o se adhieran a la Convención pueden hacerlo con cualquiera reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin"⁷¹.

En la introducción a este apartado, consideramos que algunos preceptos legales requieren ser interpretados al momento de su aplicación, que incluso este problema se puede presentar aún cuando se haya puesto la mayor diligencia en la formulación clara y precisa de la norma. En este sentido, podríamos preguntarnos qué significa que un tratado debe ser interpretado de acuerdo con su objeto y fin, es decir, de acuerdo con "la protección de los derechos de los seres humanos":

- Cuando es posible realizar más de una interpretación de la norma bajo estudio,
- Cuando para la solución de un caso concurren dos normas, otorgándole la una un mayor alcance que la otra, o

⁷⁰ En este sentido, véase, Art. 45 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 11 y sgts. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Art. 41 y sgts. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 26.

- Cuando se trata de normas que restringen los derechos.

La respuesta pasa por la aplicación de la máxima de la **interpretación pro homine**⁷². Se debe escoger aquella interpretación de la norma que:

- Si, por ejemplo, concurren dos sentidos de la misma norma, uno a favor de los derechos y otra en contra, se debe escoger aquella que favorezca los derechos;
- Si ambas favorecen los derechos, entonces se debe escoger aquella que los proteja en forma más extensa;
- Si se trata de la restricción de los derechos, entonces se debe escoger la norma o la interpretación de la restricción que menos limite el derecho.

El Voto Concurrente Conjunto del Juez Cancado Trindade en el caso *Villagrán Morales* puede ser tomado como ejemplo de aplicación del principio *pro-homine* para estar por la interpretación del derecho a la vida más extensa, es decir, que mejor proteja los derechos de las personas, en este caso, de los niños:

*El párrafo 144 de la presente Sentencia*⁷³..., *refleja con fidelidad el estado actual de evolución del derecho a la vida en el marco del Derecho Internacional de los Derechos*

⁷² Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Ed. del Puerto, 1998, pág. 81.

⁷³ El párrafo 144 de la sentencia dice: "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garantizan una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él". Caso *Villagrán Morales y Otros*, (Caso de los "Niños de la Calle"), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/11/1999.

*Humanos en general, y bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4) en particular. Afirma el carácter fundamental del derecho a la vida, que, además de inderogable, requiere medidas positivas de protección por parte del Estado (artículo 1.1 de la Convención Americana). El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque medidas positivas de protección por parte del Estado, encuentra respaldo hoy día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina. Ya no puede haber duda de que el derecho fundamental a la vida pertenece al dominio del *jus cogens*. **El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente**, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. Creemos que hay diversos modos de privar a una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente conducen a la muerte de personas como en el caso *d'espèce*. En el presente caso *Villagrán Morales versus Guatemala (Fondo)*, atinente a la muerte de niños por agentes policiales del Estado, hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia".*

Otra de las consecuencias de la aplicación del principio *pro homine*, se encuentra receptada en la mayor parte de tratados de derechos humanos. Cuando en un caso concurren dos normas para el reconocimiento de derechos, aunque sean de fuente diferente, por ejemplo, una de fuente interna y otra de fuente internacional, se debe seleccionar la norma que adjudique una mejor y mayor protección a los derechos humanos⁷⁴.

1.2.2.3.5. Interpretación dinámica del derecho de los derechos humanos

La interpretación de los tratados de derechos humanos de acuerdo con su objeto y fin, la protección de la dignidad de la persona a través de garantías frente a las violaciones estatales, requiere que el sentido de las normas se gane a la luz de su carácter dinámico. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos sostienen que: Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁷⁵.

⁷⁴ Véase, art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* - Opinión Consultiva OC-16/99, de 01.10. 1999, Serie A, n. 16, párr. 114.

La Corte Interamericana en el caso *Villagrán Morales* ha afirmado que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

*“El que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección... [t]al **interpretación evolutiva** es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁷⁶. Esto sumado a un argumento de coherencia que exige tener en cuenta las diversas relaciones entre las normas que conforman un sistema y que se refieren al caso discutido, ha llevado a la Corte Interamericana a decir que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”⁷⁷.*

Todo esto le sirve a la Corte para afirmar en el caso “Villagrán Morales” que:

“Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

Por ello y para determinar el sentido y alcance del “derecho a las medidas de protección” y “la conducta que el Estado debió haber observado” en atención a la situación de los “niños de la calle” utilizó diversas normas de la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 2; Art. 3; Art. 6; Art. 20; Art. 27; Art. 37;):

“Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no-discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de

⁷⁶ Caso Villagrán Morales y Otros, (Caso de los “Niños de la Calle”), 19/11/1999, párr. 192-193; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

⁷⁷ Caso Villagrán Morales y Otros, (Caso de los “Niños de la Calle”), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/11/1999. El resaltado nos pertenece.

abandono o explotación. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones."

*Y, más enfáticamente, el Juez Cancado Trindade hace alusión a la necesidad de una interpretación evolutiva para dar sentido a las "medidas de protección" en relación con la protección del derecho a la vida de los niños: "Nuestra concepción del derecho a la vida bajo la Convención Americana (artículo 4, en conexión con el artículo 1.1) es manifestación de esta **interpretación evolutiva de la normativa internacional de protección de los derechos del ser humano**. En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina. Las necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana, tan bien articulada por la Corte en los párrafos 144 y 191 de la presente Sentencia.*

Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. En nuestro Voto Razonado Conjunto en el caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones, 1998) sostuvimos que el daño al proyecto de vida debe ser integrado al universo conceptual de las reparaciones bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana. Ahí expresamos que: El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. (...) El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana [de los Derechos y Deberes del Hombre] de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana.

*Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono. Al sufrimiento de la pérdida violenta de sus hijos se añade la indiferencia con que son tratados los restos mortales de éstos."*⁷⁸

⁷⁸ Caso Villagrán Morales y Otros, (Caso de los "Niños de la Calle"), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/11/1999. El resaltado nos pertenece.

1.2.2.3.6. El carácter auto-ejecutable de las normas de derechos humanos

En el apartado anterior planteamos como problema, el caso de la falta de aplicación de normas de derechos humanos en el orden interno a pesar que de esas normas sean para ese estado derecho válido. Sin embargo, los órganos de aplicación interna de las normas, por ejemplo, los jueces, no las tienen en cuenta para resolver los casos que se le presentan a diario sobre los derechos.

Anteriormente, citamos algunos casos que se pueden deber a falta de conocimientos de las reglas de interpretación que rigen el derecho internacional de los derechos humanos. Pero el caso de este apartado, se debe a que, si bien conoce el derecho de los derechos humanos aplicable, considera que la norma relevante no tiene carácter de auto-ejecutable en el orden interno, es decir, que no pueden ser aplicadas por los tribunales internos pues, por ejemplo, su formulación no lo permite. La excusa que se alega para su no-aplicación, es que aún no se han emitido las medidas (legislativas o administrativas) en el derecho interno que terminen de determinar las condiciones de aplicación de esas normas del tratado. Esto nos remite al problema del carácter auto-ejecutable de las normas de un tratado de derechos humanos.

Si bien este problema puede ser predicado de cualquier norma⁷⁹, nos limitaremos a trabajarlo en relación con las normas de derechos humanos. Rápidamente esta acotación del problema, requiere de una especificación de la pregunta a la luz del objeto y fin de los tratados de derechos humanos. Si el objeto y el fin del tratado es la protección de la dignidad de la persona a través de un conjunto de garantías que permiten exigir, el cumplimiento del derecho frente a una violación y, que el estado organice el poder público de forma tal que posibilite el goce y ejercicio de esos derechos, ¿puede ser una norma de un tratado de derechos humanos no-ejecutable? A la luz del objeto y fin de los tratados de derechos humanos, cuyo norte es reconocer a los individuos derechos y libertades, y no necesariamente regular las relaciones entre los estados-partes, Jiménez de Aréchaga llega a la conclusión, que deben ser interpretadas como ejecutables, salvo que dela fraseología de la Convención surja claramente que carece de una exigibilidad inmediata⁸⁰.

⁷⁹ Esta discusión también se encuentra entre las discusiones de los constitucionalistas respecto de algunas de las normas constitucionales.

⁸⁰ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Nro. 7, 1998, pág. 28. Para otra posición, véase, Buergenthal, Thomas,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de tratar la pregunta en la Opinión Consultiva sobre Exigibilidad de Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 CADH)⁸¹, ante la pregunta formulada al respecto por el Gobierno de Costa Rica: "¿Debe considerarse que el derecho consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado costarricense, según se desprende de las obligaciones que para nuestro país contiene el artículo 1 de dicha Convención?" La duda surgía, en tanto el mismo Art. 14 agrega la frase en las "condiciones que establezca la ley". La Corte Interamericana llega a la conclusión unánime que el derecho de rectificación o respuesta consagrado en el art. 14, es un derecho exigible. Esto es, es un derecho que es directamente aplicable por los tribunales.

La Corte Interamericana llega a esta conclusión haciendo una interpretación del art. 14 de acuerdo con las pautas de interpretación propias del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el primer paso fue otorgar sentido a la norma de acuerdo con el objeto y fin de la Convención, como un tratado de derechos humanos:

"El derecho de rectificación o respuesta es un derecho al cual son aplicables las obligaciones de los Estados Partes consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Y no podría ser de otra manera, ya que el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo.

En el caso presente, la expresión " toda persona... tiene derecho ", que utiliza el artículo 14.1, debe interpretarse de buena fe en su sentido corriente. La Convención consagra " un derecho " de rectificación o respuesta, lo que explica que los incisos 2 y 3 del mismo artículo 14 sean tan terminantes respecto de " las responsabilidades legales " de quienes den tales informaciones inexactas o agraviantes y de la obligación de que alguien responda por ellas. Esta interpretación no tiene sentido ambiguo u oscuro ni conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

"Self Executing and non self-executing treaties in national and international law", Recueil des Courts 303, IV 1992, pág. 307.

Para este autor el carácter auto-ejecutable o no de un tratado es una cuestión que depende de las constituciones nacionales de cada uno de los países, de las tradiciones jurídicas, de sus precedentes históricos y de sus instituciones políticas. Así, concluye que el estado puede asumir ante el derecho internacional la obligación de convertir las normas de los tratados, también de los tratados de derechos humanos, en autoejecutables en su derecho interno, pero nunca es el derecho internacional el que determina la autoejecutabilidad de sus normas.

⁸¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 7/86 del 29 de agosto de 1986.

La tesis de que la frase " en las condiciones que establezca la ley " utilizada en el artículo 14.1 solamente facultaría a los Estados Partes a crear por ley el derecho de rectificación o respuesta, sin obligarlos a garantizarlo mientras su ordenamiento jurídico interno no lo regule, no se compadece ni con el " sentido corriente " de los términos empleados ni con el " contexto " de la Convención. En efecto, la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2.a sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al " respeto a los derechos o a la reputación de los demás"⁸².

A renglón seguido la Corte trabaja la segunda pregunta referida a la remisión que en el artículo se hace sobre las "condiciones que establezca la ley". La Corte sienta, al respecto, la siguiente regla: no basta con que un artículo haga referencia a la ley para excusarse de su aplicación, no pierde se autoejecutabilidad.

"El artículo 14.1 no indica si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc. De acuerdo con el artículo 14.1, estas condiciones serán las " que establezca la ley ", frase que implica un lenguaje que, a diferencia del utilizado en otros artículos de la Convención ("estará protegido por la ley", "conforme a la ley", "expresamente fijadas por ley", etc.), requiere el establecimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta por medio de la " ley ", cuyo contenido podrá variar de un Estado a otro, dentro de ciertos límites razonables y en el marco de los conceptos afirmados por la Corte...

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de "respetar los derechos y libertades "reconocidos en la Convención y de "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 7/86 del 29 de agosto de 1986, párr. 22-24, con citas de Convención Americana, Preámbulo; El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 33 y "La colegiación obligatoria de periodistas", supra 18, párrs. 59 y 63. El resaltado nos pertenece.

violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.”⁸³

La Corte Interamericana deja en claro, que esa violación tiene como fundamento además, lo que surge del art. 2 de la Convención:

“... se refuerza con lo prescrito por el artículo 2 de la Convención, que dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Este artículo, que es el implicado en la segunda pregunta, recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole.”⁸⁴

Concluye con el tratamiento de la tercera pregunta que se refiere al sentido en el que se usa “ley” en el contexto del artículo 14.1 La regla que surge de la Opinión Consultiva de la Corte dice: En tanto se trata de la restricción de un derecho, se requiere que la “ley” sea entendida en sentido formal, como ya lo había explicitado en la Opinión Consultiva Nro. 6⁸⁵. Ahora bien, cuando se trata

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 7/86 del 29 de agosto de 1986, párr. 27 y 28. El resaltado nos pertenece.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 7/86 del 29 de agosto de 1986, párr. 29 y 30, con cita del art. 43 de la Convención: “En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice ... “Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.”

⁸⁵ La expresión „leyes“ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie a, N° 6, párr. 38. La Corte analiza la disyuntiva de si “ la expresión leyes utilizada por la disposición del art. 30 de la Convención se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución- ” o si en cambio se la usa “ en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico”. El art. 30 CADH establece: „Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la

misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Interpreta que "leyes" en este contexto de restricción de los derechos implica: Toda „norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes". Los derechos sólo podrán ser limitados por leyes entendidas estas en sentido „formal".

Este Tribunal es aún más explicativo en cuanto a las exigencias de las leyes reglamentarias de los derechos, pues exige que las leyes deben ser fruto de la discusión democrática en el Parlamento, garantizado por la observancia de los procedimientos para la sanción de las leyes. La Corte con esta conexión entre la limitación de los derechos y la forma que debe guardar el acto de carácter general que los limita, pone claramente de relieve que esa exigencia no es mero formalismo. Se establece, así, una relación directa entre la vigencia de los derechos y el sistema de democracia representativa: „la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte".

Así, „la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución". De acuerdo con esta doctrina estableció la Comisión Interamericana en su informe 38/96, caso 10.506: Argentina que: una medida tan extrema como la revisión o inspección de Vaginal de las visitantes, una mujer adulta y una niña, de detenidos en una penitenciaría debe ser prescripta por ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución, cfr. párrafos. 61/64.

Ahora bien, para la Corte y la Comisión el principio de legalidad no sólo implica la observancia de las formas que determina la Constitución, y en materia de limitación de los derechos, el procedimiento de sanción de las leyes, sino que también incluye la „exigencia de precisión". Dicha exigencia es caracterizada por la Comisión a través de la cita de un caso - „Sunday Times Case" -de la Corte Europea de Derechos Humanos, a saber: „... una norma no puede ser considerada ley a no ser que disponga de la precisión suficiente que permita que un ciudadano administre su conducta: debe poder, con el asesoramiento adecuado, si es necesario, prever hasta un punto razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que resultarán de una acción determinada" „Sunday Times Case" 26/04/1979, Serie A, vol. 30 (1979), p. 31, citado en el Informe 38/96, caso 10.506: Argentina de Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana aplica esta exigencia en el informe sobre los requisitos que deben cumplir las medidas de inspección vaginal de las visitantes de detenidos en una penitenciaría. La exigencia de precisión y claridad de las leyes encuentra su fundamento en el principio de previsibilidad y seguridad jurídica. Es decir, la persona puede prever a través de la interpretación de la norma, cuáles serán las posibles consecuencias de su accionar. Asimismo, evita que el actuar u

de posibilitar el ejercicio de un derecho, las remisiones que la Convención hace a la "ley" se interpreta en sentido amplio, es decir, ley o cualquiera otra medida que posibilite la efectividad del derecho:

*"La Corte ha resuelto ya que el artículo 14.1 establece el derecho de rectificación o respuesta y que la frase "en las condiciones que establezca la ley" se refiere a diversas condiciones relacionadas con el ejercicio de ese derecho. Por consiguiente, esa frase atañe a la efectividad de ese derecho en el orden interno, mas no a su creación, existencia o exigibilidad internacional. Siendo éste el caso, cabe referirse a las estipulaciones del artículo 2, puesto que tratan sobre el deber de los Estados Partes de " adoptar... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades ". Si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, **sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin**. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de "ley", tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de*

omitir de la persona se vea interferido por causales que la ley no establece, de esta manera se estaría limitando el actuar arbitrario de las autoridades: „ ... una medida tan extrema como la revisión o inspección vaginal de las visitantes (en el caso una mujer adulta y una niña) ... , debe ser prescripta por una ley que especifique claramente en qué circunstancias se puede imponer una medida de esa naturaleza y que enumere las condiciones que deben ser observadas por los que realizan el procedimiento de manera que todas las personas que se vean sujetas a él puedan tener la mayor garantía posible de que no se verán sujetas a arbitrariedad y trato abusivo“. Informe 38/96, caso 10.506: Argentina de Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Se interpreta que la reglamentación de los derechos por medio de leyes formales, otorga mayor garantía de respeto a los derechos. Sin perjuicio de lo cual, puede resultar probable que en la práctica este modelo ideal de discusión de las leyes que tratan sobre la reglamentación de los derechos funcione mejor o peor de acuerdo con las circunstancias. Es probable que una mayoría maneje a una minoría, que no le permita en la discusión exponer sus intereses para que sean luego considerados en el balance de derechos. Por ello, si bien el procedimiento parlamentario a través de la observancia de las reglas de la sanción de las leyes puede garantizar una consideración óptima de los intereses de los habitantes a un nivel ideal, puede en la práctica por variados motivos, la discusión parlamentaria acercarse o alejarse del modelo ideal. De ahí que la Corte con buen criterio establezca que, el cumplimiento del procedimiento de sanción de las leyes determinado en la Constitución „no impide en todos los casos que una ley aprobada por el parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos“, La expresión „leyes“ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie a, N° 6, párr. 22.

Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!:protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*

restringir el derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, que cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención.

En todo caso, al regular tales condiciones, los Estados Partes están obligados a asegurar el goce de las garantías necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, incluidos los derechos a la protección judicial y a los recursos legales (arts. 8 y 25 de la Convención).”

1.2.3. Conclusiones

El objetivo de este texto fue abordar tres preguntas:

- ¿Qué puede significar tener derechos?,
- ¿Cuáles son las fuentes de los derechos humanos?,
- ¿Cuáles son las características de los instrumentos internacionales de derechos humanos y cómo estas características intentan influir en la interpretación de estas normas?

Todas estas preguntas se formularon desde la perspectiva de quien debe resolver, a la luz del derecho vigente, qué es lo permitido, lo prohibido y lo obligatorio. Es decir, se supone desde la perspectiva práctica de quien crea, interpreta, aplica y ejecuta el derecho tomándose en serio las normas de derechos humanos.

Por ello, el primer paso fue otorgar a quien crea, aplica y ejecuta el derecho las herramientas conceptuales básicas para que frente a un problema pueda identificar quién es o son los sujetos titulares de los derechos, cuáles son los reclamos en términos de facultades de hacer o no hacer, frente a quiénes se reclama, es decir, quiénes son los sujetos obligados y cuál es el tipo de obligación reclamada en términos de prestaciones positivas u obligaciones de no-hacer.

El segundo paso del recorrido por este capítulo pretende otorgar a quién crea, aplica o ejecuta el derecho las herramientas conceptuales necesarias para que determine cuáles fuentes del derecho de los derechos humanos son aplicables para resolver el problema. A renglón seguido avanza en las diversas formas en las que cada uno de los ordenamientos jurídicos de los estados de Latinoamérica incorporaron esas fuentes de derecho internacional de derechos humanos a su derecho interno y con determinada jerarquía. Así, el resultado de esta parte del capítulo arroja una clasificación de los ordenamientos jurídicos internos del estado en cuatro categorías: jerarquía

supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal. Es tarea de quien crea, aplica o ejecuta el derecho determinar, de acuerdo con el derecho de su país, cuál es la jerarquía de las normas de derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, el recorrido de este capítulo advierte a quien crea, aplica y ejecuta el derecho que tomarse los derechos humanos en serio no es sólo una cuestión referida a la jerarquía de las fuentes. La advertencia se realiza teniendo como trasfondo la mayor parte de los derechos internos de los estados latinoamericanos que tienden hacia una "constitucionalización de los derechos humanos". Así, se pretendió otorgar una serie de herramientas conceptuales para que analicen cuáles las técnicas, que buscan adjudicar a los derechos humanos internacionales el mismo valor que los consagrados en las respectivas constituciones, están presentes en la constitución de su estado. Así, se advierte a quien crea, aplica y ejecuta el derecho que, si se trata de un problema de derechos y se resuelve sólo por el derecho común (derecho penal, derecho civil, derecho administrativo, entre otros), muy probablemente no se esté tomando alguna fuente de derechos humanos en serio - a no ser que ese ordenamiento jurídico haya adecuado ya sus códigos y otras normas a los estándares mínimos que establece el derecho internacional de los de derechos humanos e incluso lo haya superado.

El último paso del recorrido de este capítulo entiende, sin embargo, que no basta con que quien crea, aplica y ejecuta el derecho identifique las normas de derechos humanos aplicables. Esto es condición necesaria pero no suficiente. Cotidianamente la creación, la comprensión, la interpretación y la aplicación del derecho nos muestra que algunos órganos no las tienen en cuenta para resolver los casos sobre derechos. Por ejemplo, no se toman las normas de derechos humanos en serio, si se considera las normas de derechos de los niños, pero sólo como cita de los artículos de la Convención de los Derechos de los Niños, y del análisis de la decisión surge que no ha tenido ninguna trascendencia en la argumentación, ni en la interpretación de los hechos.

Por ello, la última estación del recorrido por el capítulo enfatiza que la incorporación en el derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos requiere de una interpretación de acuerdo con los criterios de interpretación del derecho internacional y, teniendo especial consideración del fin y objeto de los tratados de derechos humanos: la protección de la dignidad de la persona a través de un conjunto de garantías que permiten exigir, el cumplimiento del derecho frente a una violación y, que el estado organice el poder público de forma tal que posibilite el goce y ejercicio de los derechos.

Para citar este documento, puedes utilizar la siguiente referencia:

Beloff, Mary. Derechos Fundamentales y Derechos del Niño[online].Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura,
Fecha de publicación: Mayo 2005