

EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

OSCAR L. FAPPIANO*

Sumario

I. Consideraciones generales, II. Objeto, III. Sujeto, IV. Estructura, V. Naturaleza, VI. Principios, VII. Inherencia, VIII. Protección internacional y principio de No Intervención, IX. Corolarios de la inherencia, A) Universales, B) Irreversibles, C) Progresivos, a) Su cumplimiento por parte del Poder Judicial de los Estados, D) Transnacionales, X. La interpretación de las normas positivas, A) El principio de interpretación extensiva o progresiva, B) El principio “pro homini” o “pro libertatis”, C) El de la “cláusula del individuo más favorecido”, D) No derogación por desuso, E) Interacción entre el derecho interno y el internacional de los derechos humanos, XI. Obligaciones asumidas por los Estados, A) Obligación de respeto, B) Obligación de garantía, a) Deber de prevenir, b) Deber de investigar, c) Estos deberes alcanzan a los hechos de los particulares, XII. Tutela judicial efectiva, A) Recurso “adecuado”, B) Recurso “eficaz”, XIII. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XIV. La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, XV. Limitaciones a los derechos y libertades fundamentales, A) Estado de derecho, B) Legalidad, C) Garantías, D) Relatividad, E) Requisitos, a) Reserva de ley, b) Finalidad, c) Alcance, d) “Lo necesario” y su sentido, e) Los “conceptos jurídicos indeterminados”, XVI. A modo de final.

I. Consideraciones generales

En tanto que disciplina específica del derecho internacional, el derecho de los derechos humanos posee un objeto propio que

* Ex miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

impone la necesidad de la existencia de principios, que le son también peculiares; principios que constituyen un todo sistemático de modo que sólo supletoriamente se acudirá a los que informan el derecho internacional común para resolver las antinomias que puedan presentarse en su interpretación y aplicación.

Ello es así porque su naturaleza, sus sujetos, su estructura y fin difieren notablemente del derecho internacional común.

II. Objeto

En efecto, en lo relativo a su objeto el derecho internacional de los derechos humanos conceptualiza la conducta de los individuos y del Estado en sus relaciones mutuas, a diferencia del común que lo hace respecto de las relaciones de los Estados entre sí o con otras personas del derecho internacional.¹

En tal sentido y refiriéndose a los modernos tratados de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) tiene establecido que: "...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..."²

Otro tanto ha sostenido la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH): "...las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes..."³

¹ Confrontar: Hitters: "Derecho internacional de los derechos humanos". Ediar. Buenos Aires, 1991. vol. I, p. 182, párrafo 162.

² CorteIDH. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, párr. 29.

³ CEDH. Caso No. 788/60. Austria c/Italia.

III. Sujeto

Como lógica derivación de lo precedentemente expuesto los sujetos del derecho internacional de los derechos humanos no son siempre los Estados y sólo éstos, sino los seres humanos en tanto que titulares de esos derechos (sujeto activo) y los Estados como obligados a reconocerlos y garantizarlos (sujeto pasivo).

Puntualizando esta especie de obligación hacia la comunidad internacional en su conjunto, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) expresó que todos los Estados tienen interés legal en su protección, pues se trata de obligaciones *erga omnes* que “derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana”.⁴

IV. Estructura

De ahí que su estructura sea de subordinación entre partes dispares, una de ellas (los Estados) sujeto obligado al reconocimiento y garantía y la otra (las personas) el sujeto protegido. Nótese que solamente el Estado resulta el órgano creador y regulador del derecho en tanto que los individuos únicamente sus beneficiarios. Por el contrario, el derecho internacional común conceptualiza conductas “inter pares” ya que sus sujetos son órganos creadores y reguladores del derecho. Por eso se expresa de él que estructura relaciones de coordinación: “La condición de entes soberanos no obligables sino a través de su propia voluntad, que tienen los Estados como principales sujetos del derecho internacional... obliga

⁴ CIJ. Caso “Barcelona Traction”, sentencia de 5 de febrero de 1970. ICJ-45/70.

⁵ Gutiérrez: “Balance y relación entre las garantías nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva: *Derechos humanos en las Américas*. OEA. Washington, 1984, p. 46.

a considerar al primero como un sistema jurídico de coordinación, frente a la condición de sistemas de subordinación que tienen los ordenamientos internos...”⁵ En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que: “...La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes... Al aprobar estos tratados... 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...”⁶

A su vez, la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) tiene establecido:

...el propósito de las altas partes contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino de realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho...”⁷

Por su parte la Corte Internacional de Justicia (CIJ) resolvió:

...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 sus disposiciones...”⁸

⁶ CortelDH. OC-2/82, sentencia de 24 de setiembre de 1982, párr. 29 citado.

⁷ CEDH: Caso No. 788/60, citado.

⁸ CIJ: Opinión consultiva sobre reservas a la Convención para prevenir y sancionar el crimen de genocidio, de 28 de mayo de 1951. 1951-ICJ., 15.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, preceptúa que la terminación o suspensión de un tratado a causa del incumplimiento de las obligaciones por una de las partes contratantes, no es aplicable a “las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados” (artículo 60.5). Conceptos suficientemente demostrativos de que también para el derecho internacional común el derecho de los derechos humanos posee características propias.⁹

V. Naturaleza

El derecho internacional común es un derecho dispositivo puesto que está a disposición de los Estados que lo crean, lo modifican, lo amplían, etc. En cambio, el derecho internacional de los derechos humanos es un derecho imperativo por naturaleza porque los Estados no pueden derogarlo; esto es, la suerte de los derechos fundamentales no queda librada a la voluntad de los Estados puesto que reconoce derechos derivados de la esencia del titular de los mismos: la eminente dignidad del hombre que es anterior y superior al Estado.

VI. Principios

Siendo un derecho imperativo por naturaleza, los principios generales que lo forman adquieren un rango y alcance que no poseen los del derecho internacional común. Son principios no sólo de interpretación y aplicación (instrumentales) sino también *de contenido* que no dependen de la voluntad de los Estados. Los del derecho internacional común son meramente instrumentales. O

⁹ Confr. : Hitters: obra y lugar citados en nota 1.

sea, que en la disciplina que nos ocupa se invierte la jerarquía de las fuentes del derecho internacional porque los principios permiten la creación autónoma de normas de contenido.

VII. Inherencia

La aceptación de que los derechos humanos le son debidos al hombre porque es hombre, en virtud de su eminente dignidad —esto es, que son “inherentes” a la persona humana— marca, no sólo una diferencia histórica agudamente señalada por Nikken,¹⁰ sino que apareja consecuencias de trascendencia en la lucha por la afirmación universal de los derechos humanos que constituye el sello de distintivo y el timbre de honor de la segunda mitad del siglo XX.

Efectivamente, si bien las instituciones políticas y el derecho de la baja Edad Media contienen documentos significativos en punto al establecimiento de limitaciones al ejercicio del Poder por parte del Estado frente a sus súbditos, esas limitaciones no se fundaban en la “inherencia” de los derechos sino que representaban “conquistas” de la sociedad —en derechos del pueblo, no de los individuos— que el soberano le otorgaba a guisa de “concesiones”, pero que, por lo mismo, podía arrebatarse a su arbitrio. “Más que el reconocimiento de derechos intangibles de la persona frente al Estado, lo que establecen son deberes para el gobierno”. Ninguna ley es “preeminente” y el Parlamento es el soberano.¹¹

Es recién con la independencia de los pueblos americanos y con la Revolución Francesa que aparecen las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales. Por

¹⁰ Nikken: “El concepto de los derechos humanos”, en la obra colectiva: “Estudios básicos de derechos humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de la Unión Europea. San José, 1994. Vol. I, pág. 17/18. Ver del mismo autor: “Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección de los derechos humanos”, en la obra colectiva: “Derechos humanos en las Américas”. OEA. Washington. 1984.

¹¹ Nikken: “Bases...”, *cit.*, p. 25.

ejemplo, la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 afirma que los hombres han sido creados iguales, que han sido dotados por el creador de ciertos derechos innatos y que para garantizar el goce de esos derechos los hombres han establecido entre ellos gobiernos cuya justa autoridad emana del consentimiento de los gobernados.

El ser humano, por la sola circunstancia de serlo, es titular de derechos fundamentales que el Estado debe respetar y garantizar. Esa es la revolución copernicana que produjo el advenimiento del mundo contemporáneo con relación al precedente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que: “...Los derechos humanos representan valores superiores que ‘no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Considerando y Convención Americana, Preámbulo)”.¹²

Alberdi —mentor de la Constitución— Argentina de 1853, sostiene que “en último análisis, el hombre individual es la unidad elemental de toda asociación humana y todo derecho, por colectivo o individual que sea, se resuelve en último término como un derecho individual del hombre”. Es que para el pensador tucumano el hombre es el sujeto de la historia, no la humanidad, las civilizaciones, el Estado, la corporación, la familia o cualquier otra institución social supraindividual. El individuo es, para él, éticamente anterior y superior a las instituciones sociales. Por eso el derecho vulnerado de un individuo puede ser invocado por él contra su propio Estado cuando éste es el agente del atropello, como un derecho internacional. La libertad, la vida, la seguridad, la igualdad de los individuos da derecho al mundo a intervenir en un Estado cuando uno o muchos individuos de él, invocando el derecho internacional, piden al mundo que lo haga respetar en su persona”.¹³

¹² CorteIDH. Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 144.

¹³ Ciapuscio: *El pensamiento filosófico-político de Alberdi*. Ediciones Culturales Argentinas, Ministerio de Educación y Justicia. Buenos Aires, 1985, p. 259; 276/77.

Hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia y párrafo arriba citados, ha establecido "... No es admisible que se insinúe que las personas que, por cualquier título, acuden al sistema interamericano de protección a los derechos humanos están incurriendo en deslealtad hacia su país, ni que pueda extraerse de este hecho cualquier sanción o consecuencia negativa..."¹⁴

En sentido concordante expresa Ortiz Pellegrini: "hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre"¹⁵.

VIII. Protección internacional y principio de No Intervención

Frente al especioso argumento de que la tutela internacional transgrede el principio de No Intervención, Gutiérrez, afirma: "Es obvio que el agotamiento de la vía interna y la previa aceptación de la competencia de los órganos internacionales se requieren para superar la objeción de que los esfuerzos internacionales constituyen una interferencia en los asuntos internos de los Estados"¹⁶.

En tal sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene resuelto que: "La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta 'coadyuvante o complementaria' de la interna" (Convención Americana, Preámbulo)".¹⁷

¹⁴ Caso Velázquez Rodríguez, citado en nota 12.

¹⁵ Ortiz Pellegrini: "Introducción a los derechos humanos". Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs.As. 1984, p. 63.

¹⁶ Gutiérrez: *op. cit.* en nota 5, p. 47.

¹⁷ CorteIDH. Caso Velázquez Rodríguez, citado en nota 12, párr. 61.

Coincidentemente, Grossman expresa que: “El desarrollo de un sistema internacional y en este caso hemisférico de derechos humanos tiene la ventaja adicional para las democracias latinoamericanas de que las normas y procedimientos internacionales aprobados por los Estados del hemisferio no son contradictorios con el principio de No Intervención...”¹⁸

Su concreción, en la realidad de los hechos, tropezó con grandes obstáculos de naturaleza política hasta que la conmoción provocada por los horrores cometidos durante la segunda guerra mundial puso de manifiesto que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para el ser humano, de modo que su control no debe dejarse exclusivamente a manos de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales de tutela.¹⁹

Con referencia a la Carta de Las Naciones Unidas, Verdross sostiene que “... ha roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”²⁰

La regla para establecer si un asunto ha dejado de pertenecer a la jurisdicción interna de un Estado ha sido indicada por Jiménez de Aréchaga: “El paso de una cuestión de la esfera doméstica a la internacional se hace en virtud de la existencia de un tratado u otra norma de derecho internacional, que impone una obligación a un Estado”.²¹ Mientras que Oppenheim afirma: “En la práctica, un asunto cesa de ser esencialmente de la jurisdicción interna de un Estado

¹⁸ Grossman: “Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, en la obra colectiva: *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, citada, p. 246.

¹⁹ Szabo: “Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores” en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, cit. Vol. I, pp. 50/51. Hubner Gallo: “Panorama de los derechos humanos”. EUDEBA. Bs.As. 1977, p. 33.

²⁰ Verdross: “Derecho internacional público”. Madrid, 1967, p. 492.

²¹ Jiménez de Aréchaga: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Madrid, 1958, p. 108.

si, con arreglo al derecho internacional, ha dejado de corresponder exclusivamente a la jurisdicción interna de dicho Estado, es decir, cuando pasa a ser materia de una obligación internacional”.²²

IX. Corolarios de la inherencia

Interesa resaltar ahora que, como corolario de su calidad de inherentes a la persona humana, los derechos fundamentales son:

A) Universales. Por lo que no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales para menoscabarlos o desconocerlos, superando las fronteras de los Estados.²³

Ya la Declaración Universal se proclamó como “ideal común” por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse para asegurar su reconocimiento y aplicación universales y efectivos y consagró esa calidad en su artículo primero.

A su vez, en la conferencia mundial de derechos humanos (Viena, 1993), además de declararlos indivisibles e interdependientes, se afirmó que su universalidad “no admite dudas”.

B) Irreversibles. Lo cual significa que una vez que un derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada.²⁴

²² Oppenheim: “Tratado de derecho internacional público”. Barcelona, 1961, T. I, p. 441.

²³ Ver: Hitters: “derecho internacional...”, *cit.*, vol. I, pp. 29-30, párr. 9 y 10. Nikken: “El concepto...” *cit.*, p. 22. Peces-Barba Martínez: “La universalidad de los derechos humanos”, en la obra colectiva: “La Corte y el sistema...”, *cit.*, pp. 399 y s.

²⁴ Nikken: “El concepto...”, *cit.*, p. 24/25. Ver: Buergenthal-Grossman-Nikken: “Manual internacional de derechos humanos”. IIDH-Edit. Jurídica Venezolana, Caracas/San José. 1990, p. 175.

Dos ejemplos de aplicación de este principio lo constituye el artículo 4, en sus apartados 2, último párrafo y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Efectivamente, según el primero de ellos no puede extenderse la aplicación de la pena de muerte a delitos a los cuales no se aplica actualmente; mientras que, de acuerdo con el segundo, los Estados que la han abolido no pueden restablecerla.

C) *Progresivos.* El derecho internacional de los derechos humanos ha sido establecido como un mínimo común aceptado por la generalidad de los miembros de la comunidad de naciones y, por tanto, susceptible de expansión. Así, se ha dicho que ofrece una “garantía” mínima, una suerte de “piso” que no pretende agotar el ámbito de los derechos que merecen protección y, de consiguiente, ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan ofrecer otras normas de derecho internacional o de derecho interno.²⁵ Esto es, se trata de un derecho “extensivo” o “progresivo”; de lo que se deriva que sus principios de interpretación son propios.

Precedentemente se ha visto el preámbulo de la Declaración Universal que habla de “medidas progresivas de carácter nacional e internacional”; toca ahora referirnos a la Declaración Americana cuyo preámbulo también alude a que por ella se “establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuados a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”

Al respecto, enseña Nikken:

...En esa perspectiva, el artículo 31.I de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos

²⁵ Ver Hitters: “El derecho internacional...”, *cít.*, vol. I, p. 28, párr. 8.

fundamentales de los seres humanos. Si recordamos además que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados Partes sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las dos disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.

Las dos disposiciones a las que se refiere el autor corresponden al ya citado artículo de la Convención de Viena y al artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos los que conjungan, a su juicio, “un verdadero método humanitario de interpretación” de los tratados de derechos humanos.²⁶

Nikken concluye su estudio con estos enunciados:

Se ha reconocido que el método de interpretación del derecho debe tener en cuenta el interés del ser humano y la tutela de sus derechos fundamentales, como lo que constituye el objeto y fin de las convenciones, antes que el interés directo de los Estados y “la interpretación y aplicación del derecho por órganos internacionales... ha puesto en evidencia la tendencia a ampliar la competencia de los mismos, tanto en la práctica, por el sentido que ellos han dado a la interpretación de sus atribuciones, como, formalmente, por medio de nuevas reglamentaciones que avanzan hacia mecanismos más perfectos de protección”.²⁷

Gross Espiell coincide con esta línea de pensamiento:

Es preciso tener en cuenta, asimismo, la expansión y el enriquecimiento constante, en el tiempo, del contenido de los derechos humanos, la progresividad de los sistemas dirigidos a su garantía y protección, la necesidad de considerar la especificidad del Derecho de los Derechos Humanos y el enriquecimiento conceptual de las normas del

²⁶ Nikken: “Bases...”, *cit.*, p. 32. Ver: Hitters: “Derecho internacional...”, *cit.*, vol. I, p. 188, párr. 164.

²⁷ Nikken: “Bases...”, *cit.*, p. 38.

Pacto de San José, con los progresos que se verifican, tanto en el ámbito nacional como regional, en la materia”.²⁸

A su turno la Corte Interamericana de Derechos Humanos le reconoció tal carácter, siendo el Juez Piza Escalante quien, en nuestra opinión, ha precisado mejor los conceptos:

... En este aspecto, a mi juicio, tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, correctamente entendidos sobre todo a la luz del derecho de los derechos humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados, criterios que de un modo u otro ya han sido potenciados por la Corte... Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran incorporados en alguna medida a la Convención misma por virtud del citado artículo 29, cuya amplitud innovadora no tiene parangón en ningún otro documento internacional... En lo que a mi opinión separada interesa, invoco como de particular importancia, en primer lugar, el principio de que los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres éstos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcance de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, a mi juicio convertida en derecho legislado por los artículos 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero para todos los derechos; el segundo, en función de los llamados derechos económicos, sociales y culturales...²⁹

Con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), su antiguo Secretario, Eissen afirma:

²⁸ Gross Espiell: “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, en la obra colectiva: *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*. Rafael Nieto Navia, editor. San José, 1994, p. 227.

No se muestra partidario, en conjunto, de una lectura exegética, timorata o estrecha de las cláusulas que enuncian los derechos y libertades garantizados. En este sentido, hace constar el carácter puramente indicativo de la lista de los derechos... No se trata, como puede verse, de una jurisprudencia anclada en el pasado o petrificada. El Tribunal considera el Convenio como ‘un instrumento viviente’ que hay que abordar a ‘la luz de las concepciones prevalecientes en nuestros días en los Estados democráticos’... cuando lo estima apropiado recurre a un método de interpretación a la vez ‘teleológico’ y ‘dinámico’ o ‘evolutivo’.³⁰

Finalmente, digamos que su progresividad incide en la significación del art. 33 de la Constitución Argentina: Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa y una vez establecido que un derecho es “inherente” a la persona humana merece la protección constitucional. Cuando dicho artículo constitucional alude a “otros derechos” que derivan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, se refiere a los que en doctrina se conoce como “intereses existenciales o personales” —derechos naturales— merecedores de protección jurídica, en la medida que tales intereses no encuentran una tutela normativa específica dentro del ordenamiento positivo. Se trata de intereses que, no obstante derivarse de la dignidad de la persona, no han hallado aún acogida a nivel formal-normativo; los cuales, precisamente, deben ser tutelados por la jurisprudencia teniendo como fundamento el amplio dispositivo del artículo 33 citado.

Dada su reiteración en diversas constituciones latinoamericanas,³¹ puede sostenerse que, al menos en la Región, constituye “un principio general del derecho” en los términos del art. 38, párr. 1.c del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia o, como lo sostu-

²⁹ Su voto en OC-4/84, de 19 de enero de 1984.

³⁰ Eissen: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Civitas. Madrid. 1985, pp. 90/91. Ver Gordillo: *Derechos Humanos*. Fundación de Derecho Administrativo. Bs.As. 1996. 2ª ed. p. III-13.

³¹ Brasil, art. 5-LXXVII-párr. 2; Bolivia, art. 35; Colombia, art. 94; Costa Rica, art. 74; Rep. Dominicana, art. 10; Ecuador, arts. 19 y 44; Guatemala, art. 4; Honduras, art. 63; Nicaragua, art. 46; Paraguay, art. 80; Perú, art. 4; Uruguay, art. 72; Venezuela, art. 50.

vo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe No. 30/93, una cláusula constitucional consuetudinaria de firme tradición en el hemisferio”.

De consiguiente, lo jurídicamente relevante es que ese derecho sea reconocido como “inherente” a la persona humana y no que figure en la constitución de modo explícito.

“Esto abre —afirma Nikken— extraordinarias perspectivas de integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno pues la adhesión del Estado a la proclamación internacional como tales (inherentes a la persona humana), permite la aplicación de dicha disposición constitucional”.³²

Afirmar el valor y dignidad de la persona humana supone que el derecho debe considerarla como un bien protegido de modo unitario, no obstante los múltiples aspectos derivados de su raigal e inescindible unidad psicosomática.

Por consiguiente, no deben limitarse tales derechos a sólo aquellos expresamente considerados en el ordenamiento jurídico positivo, en tanto que el valor de la personalidad debe ser tutelado sin límite alguno. No existe contraste entre el tratamiento normativo de los derechos de la persona y la posibilidad de proteger normativamente diversos aspectos del sujeto, diferentes expresiones o modos de ser de la misma. No existe un número cerrado y preciso de derechos de la persona en cuanto lo que se protege es el valor de la persona en sí misma.

- a) *Su cumplimiento por parte del Poder Judicial de los Estados.*
“En este debido cumplimiento —señala Bidart Campos— que no admite excusa ni por acción ni por omisión, la jurisdicción internacional aporta una clave trascendente para la interpretación en jurisdicción interna. La creemos hallar en el Pacto

³² Nikken: “El concepto...”, *cit.*, p. 26.

de San José de Costa Rica, coordinando sus artículos 1 y 2, porque después que el primero imputa una obligación inmediata a los Estados que se hacen parte en él, el art. 2 prevé que, en el caso de Estados en los que ya no esté garantizado el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el art. 1, se asume el compromiso de adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” que sean necesarias para hacerlos efectivos... A nuestro entender, entre esas medidas de “otro carácter” distintas a las legislativas se hallan las sentencias de los tribunales de justicia, especialmente de los que actúan como tribunales constitucionales o como cortes superiores o supremas en cada estado”.³³ Obvio resulta agregar que la falta de reglamentación de las normas del Pacto no obsta al cumplimiento de este deber de garantía por parte de la judicatura.³⁴

Esto mismo lo ha reconocido la Corte Suprema Argentina: “Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el fin (de la Convención) deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ‘ya concedido’ por el tratado, se ejercerá en el caso concreto”.³⁵

A su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sentó idéntica doctrina en el informe No. 8/91 relativo al caso 10.

³³ Bidart Campos: “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, en la obra colectiva: *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, pp. 50-51.

³⁴ Confr. Bidart Campos: *op. cit.*, pp. 50-51. Ver Gordillo: “Derechos Humanos”, *cit.*, p. II-21/22-30; III-6/7 y 16/17, para quien las obligaciones de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana alcanza a cualquiera de los tres “poderes”; vale decir, ejecutivo, legislativo y judicial, tesis que compartimos y que hizo suya la CortelDH en sentencias posteriores.

³⁵ CS. Caso No. E.64.XXIII. “Ekmedjian c/Sofovich”, sentencia de 7 de julio de 1992, considerando 22. Ver su comentario por Buergenthal en “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en la obra colectiva: *La Corte y el sistema interamericanos...*, *cit.*, p. 76 y “The Inter-American system for the protection of human rights”, en: *Human rights in international law*. Meron, ed. 1984, p. 442/45.

180 sobre México. En efecto, luego de recordar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de julio de 1988, en el asunto Velázquez Rodríguez, en cuanto a la inteligencia que debe darse al art. 1.1 de la Convención Americana y su propia tesis acerca del art. 2 de la misma, sentadas en los casos Nos. 9768; 9780 y 9828 del registro de la Comisión, ésta afirmó que México pudo haber adoptado las medidas jurisdiccionales para solucionar el caso sometido a su consideración sobre la base de lo prescrito en el art. 133 de la Constitución mexicana.³⁶

D) Transnacionales. La protección internacional de los derechos fundamentales se presenta, luego, como una consecuencia lógica de su calidad de inherentes a la persona humana y no de una concesión graciosa del Estado.³⁷

El preámbulo de la Declaración Americana lo confirma: “La protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”. Y lo reafirma el de la Convención Americana: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

“La internacionalización —escribe Hitters, diferenciando esta calidad con la universalidad— significa la asunción por parte del derecho internacional de los temas sobre prerrogativas del hombre, dándole vida a lo que se ha dado en llamar el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que estos temas saltan las fronteras y dejan de ser cuestiones exclusivas de las jurisdicciones locales... A partir de la última posguerra se comenzó a afianzar la idea de la defensa de esos derechos, no sólo en el ámbito nacional,

³⁶ CIDH. Informe anual 1990-1991, p. 261, Párr. 39; 43/44.

³⁷ Nikken: “Bases...”, *cit.*, p. 28 y “El concepto...”, *cit.*, p. 19.

sino transnacional, cobrando virtualidad lo que se denominó la “Justicia Internacional de las libertades”, a través de declaraciones y pactos encaminados en ese sentido... En otras palabras, resultaba inevitable... que también el fenómeno de la jurisdicción constitucional de las libertades se debiese elevar de un plano meramente interno o nacional, también a un nivel internacional o supranacional”.³⁸

X. La interpretación de las normas positivas

Tanto en su actividad consultiva cuanto en su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana ha empleado los medios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³⁹

De ellos el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Nieto Navia, expresa lo siguiente: “Sin que sea posible, en definitiva, separar radicalmente esos medios (los medios de interpretación), es necesario definir la importancia relativa que tiene el texto del tratado (interpretación literal), teniendo en cuenta el contexto (interpretación literal integral), el objeto y fin del mismo (interpretación teleológica) y la que tiene en cuenta la intención de las partes (interpretación subjetiva)”.⁴⁰

Del juego armónico de sus disposiciones, se infiere que para la Convención de Viena no es necesario ni conveniente recurrir a la

³⁸ Hitters: “El derecho internacional...”, *cit.* vol. I, p. 29/33, párr. 9; 10 y 13; p. 174, párr. 152.

³⁹ CortelDH. Casos Velázquez Rodríguez; Fairén Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, excepciones preliminares, todos sentenciados en 26 de junio de 1987, párr. 44/45; 49/50 y 47/48, respectivamente. Caso Caballero Delgado y Santana, excepciones preliminares, sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 26/30. Donde, con remisión a sus decisiones en opiniones consultivas, tiene establecido la plena aplicabilidad de los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena. Ver Hitters: “Derecho internacional...”, *cit.* Vol. I, p. 186/90, párr. 163/65.

⁴⁰ Nieto Navia: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, “Derechos Humanos en las Américas”, OEA. 1985. p. 272.

interpretación subjetiva, en particular a los trabajos preparatorios, a menos que la interpretación literal, integral y teleológica no sean suficientes para aclarar el sentido de una determinada disposición; lo cual, en materia de derechos humanos ha sido enfatizado por la Corte Interamericana: “Este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las Partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, “no son Tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que 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”.⁴¹

Asimismo, en su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana ha ratificado su criterio de que el “objeto y el fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos”, razón por la cual —agregó— “la Convención debe interpretarse de manera de darle un pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su ‘efecto útil’”.⁴²

Pero, sin perjuicio de destacar la importancia del método teleológico en la interpretación de los tratados de derechos humanos, según se colige de la jurisprudencia citada supra, tal y como se dijo precedentemente, el derecho internacional de los derechos humanos posee principios propios que constituyen un todo sis-

⁴¹ CorteIDH. OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983, párr. 50.

⁴² CorteIDH. Casos Velázquez Rodríguez; Fairen Garbí y Solís Corrales y Godínez Cruz, excepciones preliminares, sentencias de 21 de junio de 1987, párr. 30 y 69; 35 y 69 y 33 y 72, respectivamente. Caso Caballero Delgado y Santana, excepciones preliminares, sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 38 y 64.

temático y que deben tenerse presentes a la hora de la interpretación de su normativa, sirviendo de pautas básicas e ineludibles de orientación en la aplicación de los medios hermenéuticos consignados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados antes descritos.⁴³ Entre ellos deben señalarse:

A) *El principio de interpretación extensiva o progresiva.* Del que ya hemos hablado, por lo que sólo efectuaremos tres adiciones.

I. Una, el voto singular del juez Piza Escalante que vale tanto para este principio como para el que comentaremos a continuación: “En este aspecto me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, lo cual obliga a interpretar extensivamente las normas que lo consagran o amplían y restrictivamente las que lo limitan o restringen. Este criterio fundamental —principio pro homini del Derecho de los Derechos Humanos— conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento la excepción...”.⁴⁴ No debe escaparse, tampoco, que el juez Piza consagra aquí el carácter auto-ejecutivo del derecho de los derechos humanos.

II. Otra, una aplicación hondamente sugestiva de este principio hecha por el juez Cancado Trindade en su voto disidente en el caso “El Amparo”: “Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos. La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar

⁴³ Confr.: Hitters: “Derecho internacional...”, *cit.* vol. I, p. 187, párr. 164.

⁴⁴ CorteIDH. OC-7/86, sentencia de 29 de agosto de 1986, p. 67, párr. 36.

ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas. Puede efectivamente hacerlo ante el simple “riesgo” de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada... Un órgano de protección internacional de los derechos humanos no debe, a mi juicio, partir de la premisa de que una ley, por su propia existencia, “no ha afectado aún” los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que acarreen la ocurrencia de un daño. No debe hacerlo aún más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección se orienta y se inclina hoy en día claramente en otro sentido...”⁴⁵

III. La tercera, la opinión de Gordillo en el sentido que a la aceptación de los pronunciamientos de la Corte Interamericana tanto en su función contenciosa cuanto en la consultiva, por parte de la Corte Suprema Argentina, deben seguir los acuerdos transaccionales (soluciones amistosas) celebrados por Argentina frente a reclamos presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la invocación de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴⁶

B) El principio “pro homini” o “pro libertatis”. El objeto y fin del derecho de los derechos humanos es la protección de la integridad de tales derechos en favor de toda persona. Ello influye sobre la interpretación de las normas jurídicas ya que según la regla contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ellas “deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que hayan de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En consecuencia, dada la particular naturaleza del derecho interna-

⁴⁵ CorteIDH., Caso El Amparo. Reparaciones. Sentencia de 14 de septiembre de 1996, voto disidente.

⁴⁶ Gordillo: “Derechos Humanos”, *cit.*, p. II-22; 29 y 31.

cional de los derechos humanos y su propósito tutelar, tal principio es uno de los que debe guiar su interpretación y aplicación.⁴⁷

C) El de la “cláusula del individuo más favorecido”. Newman y Vasak denominan a las disposiciones de los arts. 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de “cláusula del individuo más favorecido”: “No hay en él, de hecho nada que pueda ser interpretado como limitación o derogación de ninguno de los derechos humanos que pudieran reconocerse o protegerse mejor bajo la legislación nacional o el derecho internacional”.⁴⁸

En sentido concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.⁴⁹

Pensamos que el principio es aplicable cuando, por ejemplo, un tratado estuviese redactado en distintos idiomas y hubiera dife-

⁴⁷ Buergethal-Grossman-Nikken: *Manual internacional...*, citado, p. 174/75. Ver voto del juez Piza Escalante transcripto precedentemente.

⁴⁸ Newman-Vasak: “Derechos civiles y políticos”, en la obra colectiva: *Dimensiones internacionales de los derechos humanos*, citado. Vol. I, p. 241.

⁴⁹ Caso “Viviana Gallardo”, No. G-101/81, sentencia de 13 de noviembre de 1981, párr. 16 y votos salvados y razonados del Juez Piza Escalante de misma fecha y de 8 de septiembre de 1983. Igualmente, en su voto singular en la OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, el Juez Nieto Navia expresó que “... dentro de la teoría expuesta por esta Corte, los derechos humanos hay que interpretarlos de la manera más favorable a las personas...”.

rencias en sus diversos textos, debe tomarse aquella versión que más favorezca a la persona.⁵⁰

En otro pronunciamiento, la Corte consignó que: "...entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restringe en menor escala el derecho protegido y... si a una misma situación le son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana..."⁵¹

D) No derogación por desuso. Por nuestra parte consideramos como principio la inaplicabilidad de las doctrinas tradicionales sobre la desuetudo; esto es, las violaciones de los derechos humanos, que irremediablemente siguen produciéndose, no se transforman en precedentes de su derogación por desuso.⁵²

E) Interacción entre el derecho interno y el internacional de los derechos humanos. Por último, debe recordarse el de interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, en el sentido de que no solamente uno y otro se complementan sino que, además, se compenetran de modo tal que puede hablarse de obligaciones internacionales derivadas del derecho interno.⁵³

Bidart Campos escribe:

Llegamos así a un punto crucial, que es el de la retroalimentación entre el derecho interno (comenzando por la Constitución) y el derecho internacional de los derechos humanos. Retroalimentación signifi-

⁵⁰ V. gr. Convención Americana, art. 8.2.h derecho a "recurrir", en la versión en español, derecho de "apelar", en la inglesa, sobre cuya base la Comisión descartó, en el caso "Maqueda c/Argentina", al recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establecido por el art. 14 de la ley 48 de Argentina, como adecuado a dicho precepto, ya que no procede para las cuestiones de hecho, prueba y derecho común, como el de apelación.

⁵¹ CortelDH. OC-5/85, de 13 noviembre de 1985, párr. 46; 51 y 52.

⁵² Ver Newman: "Derechos civiles y políticos" en *Las dimensiones internacionales...*, cit. Vol. I, p. 210.

⁵³ Piza-Trejos: *Derecho internacional de los derechos humanos. La Convención Americana*. Edit. Juricentro, San José, 1989, p. 107/10 y 125.

ca que la duplicidad de fuentes del sistema (interna e internacional) confieren a esa completitud que “cierra” al sistema, haciendo posible que, en cada caso concreto, el operador que realiza interpretación aplicativa del derecho deba buscar los “plus” que cada fuente aporta respecto de la otra. Se trata, nada más y nada menos, que de una opción preferencial por la norma y la solución que mejor satisfagan al sistema de derechos o, lo que es lo mismo, a la persona humana... Entre derecho interno y derecho internacional este principio también se hace aplicable... Que entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos se ha de tender a la masificación, tiene actualmente algo que bien podemos calificar de novedad. En efecto, siempre preocupó... explicar de qué manera y con qué resultado el derecho internacional penetra en el derecho interno; pero ahora advertimos que también se produce el fenómeno inverso, es decir, la asunción del derecho interno por el derecho internacional de los derechos humanos cuando el primero es más amplio, más generoso y contiene “plus” respecto del segundo... Por fin, este sistema “cerrado” no tiene, en la acepción que le damos al término, el sentido de una congelación definitiva... Pero en otro sentido, el sistema cerrado y completo mantiene su apertura a la progresividad maximizadora, en acompasamiento a las transformaciones y valoraciones que pueden ir enriqueciéndolo en su plexo”.⁵⁴

Una interesante aplicación de la interacción representa, a nuestro juicio, lo decidido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe No. 28/92 de 2 de octubre de 1992, relativo a los casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.309 y 10.311, sobre Argentina: “En efecto, en buena parte de los sistemas penales de América Latina existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal. En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano...”.⁵⁵ Criterio que reitera en su informe No. 29/92 referido a los casos 10.029; 10.145; 10.305; 10.372; 10.373; 10.374 y 10.375 sobre Uruguay.⁵⁶

⁵⁴ Bidart Campos: “La interpretación...” citado en nota 33, p. 46/47 y 50.

⁵⁵ CIDH., Informe citado, párr. 33/34, en: *Anuario Interamericano de Derecho Humanos*. 1992. vol. I, p. 755.

⁵⁶ CIDH. Informe anual 1992-1993, p. 171, párr. 41.

XI. Obligaciones asumidas por los Estados

La nota característica de las violaciones a los derechos humanos es que ellas se cometen desde el poder público, con su anuencia o, al menos, con su tolerancia, pues se trata de derechos que se ejercen frente al Estado, proveyendo a su titular de medios para defenderse contra el ejercicio arbitrario del poder público. El Estado, en consecuencia, está obligado a respetar esos derechos y a garantizar su pleno goce y ejercicio.

El respeto impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar el efectivo goce de dichos derechos. También representa que deba considerarse ilícita toda acción u omisión de un funcionario del Estado que lesione esos derechos prevalido de los medios o poderes de que dispone en su carácter de funcionario público.

Igualmente, está obligado a garantizar el goce y ejercicio de tales derechos. Ello representa que

el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.⁵⁷

En tal orden de ideas consideramos de importancia consignar cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que los Estados Partes de la Convención Americana deben cumplir con estas obligaciones de respeto y garantía que le impone el artículo 1.1 de la Convención: “En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido,

⁵⁷ CortelIDH. Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 174.

según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”.⁵⁸

A) Obligación de respeto.

La primera obligación asumida por los Estados Partes... es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención... Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión:

...La protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (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, párr. 21).⁵⁹

Para Gordillo estos tratados tienden a limitar los poderes del Estado en lo interno o externo, con lo cual este mecanismo no puede normalmente resultar en detrimento de los derechos individuales frente al Estado.⁶⁰

...En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo (se refiere al art. 2.2 de la Convención)... puesto que es un principio de Derecho Internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del

⁵⁸ CorteIDH. Caso Velázquez Rodríguez. Cita nota 57, párr. 164.

⁵⁹ CorteIDH. Ídem cita nota 57, párr. 165.

⁶⁰ Gordillo: “Derechos Humanos”, *cit.*, p. II-4/5.

derecho interno... Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención”.⁶¹

B) Obligación de garantía.

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.... La obligación de garantizar... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁶²

a) Deber de prevenir.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales....⁶³

⁶¹ CortelDH, *idem* cita nota 57, párr. 169; 170 y 171.

⁶² CortelDH, *idem* cita nota 57, párr. 166 y 167.

⁶³ CortelDH, *idem* cita nota 57, párr. 175.

b) Deber de investigar.

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención... La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado... la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar... representa un incumplimiento imputable... de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligado a garantizar... el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos".⁶⁴

c) Estos deberes alcanzan a los hechos de los particulares.

...No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de

⁶⁴ CorteIDH, *idem* cita nota 57, párr. 176, 177 y 182.

la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención... lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos... ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”.⁶⁵

XII. Tutela judicial efectiva

Ahora bien, dentro de esa obligación de garantía y en consonancia con la regla del previo agotamiento de la jurisdicción doméstica, aparece el deber jurídico de los Estados de proporcionar recursos judiciales a las víctimas para hacer valer sus derechos en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana que ha merecido las siguientes precisiones de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser substanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1)”.⁶⁶

⁶⁵ CorteIDH, *idem* cita nota 57, párr. 172 y 173.

⁶⁶ CorteIDH. Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 26 de junio de 19897, excepciones preliminares, párr. 91.

En otro de sus pronunciamientos añadió: “El artículo 46.1.a) de la Convención remite ‘a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos’. Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2”.⁶⁷

A) Recurso “adecuado”. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida...

Si en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable... Pero, si el recurso de exhibición personal exigiera... identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que, en estos casos sólo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima”.⁶⁸

B) Recurso “eficaz”. Y prosiguió:

Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. El de exhibición personal puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente. En cambio... el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado. El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de

⁶⁷ CortelIDH. Caso Velázquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 63/65.

⁶⁸ CortelIDH. *Idem* cita nota 57.

los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente estarían al alcance de los demás. En tales casos el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido...⁶⁹

XIII. El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Estas tesis de la Corte Interamericana encuentran sustento normativo suficiente, a nuestro juicio, en las previsiones del artículo 25.2.a, de la Convención Americana en tanto en cuanto preceptúa que:

Los Estados Partes se comprometen:

a. A garantizar que la autoridad competente... decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...

Porque, en nuestra opinión, decidir “sobre los derechos” es hacerlo acerca del fondo o mérito del caso (procedibilidad del recurso) de cuyo conocimiento no puede sustraerse, luego, por meras cuestiones formales (admisibilidad del recurso). Esto lo tenemos dicho en los siguientes términos:

El derecho de acudir a un recurso no se ejerce simplemente a través de su existencia formal. Más bien el recurso debe ser capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido... Aun más, el artículo 25.2.a explica que el derecho a la protección judicial requiere que los Estados Partes se comprometan ‘... a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...’ En otras palabras, un peticionario tiene el derecho de solicitar y recibir una respuesta sobre los méritos del caso. Con respecto al recurso de

⁶⁹ CorteIDH. *Id.* cita nota 57, párr. 66 a 68.

habeas corpus, se requiere de una decisión sobre la cuestión de fondo de la legalidad de la privación de la libertad. La negativa de la petición del Señor... sin ningún examen de los méritos de su solicitud demostró claramente la ineficacia del recurso en este caso y la consecuente falla de no otorgar la protección judicial al Señor...⁷⁰

Continúa nuestro artículo disponiendo:

... c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De este otro subinciso emana, a nuestro juicio, lo que se ha dado en llamar por la doctrina la “tutela judicial efectiva”.

Por otro lado, también venimos sosteniendo que, si toda persona tiene derecho a que se despeje el estado de incertidumbre (derecho a la certidumbre) que pesa sobre sus derechos fundamentales en un plazo razonable (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas), de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 8.1 de la Convención Americana, corre a cargo del Estado garantizar, por intermedio del órgano competente del gobierno, el pleno goce y ejercicio de tales derechos y, de consiguiente, el individuo no tiene —como principio— por qué agotar recurso interno alguno. Lo dijimos en los siguientes términos que fueron compartidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “...tratándose de delitos de acción pública —y aún en los dependientes de instancia privada— no es válido exigirle a la víctima o a sus familiares el agotamiento de los recursos internos, ya que es función del Estado preservar el orden público alterado por el hecho ilícito y, por ende, es su obligación actuar la ley penal promoviendo o impulsando el proceso penal hasta su total finalización y en un tiempo razonable... Esto es, la obligación de investigar, procesar y sancionar penalmente a los responsables es un deber indelegable del Estado...”⁷¹

⁷⁰ CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso No. 11.273 —Suárez Rosero— de su registro, p. 26.

⁷¹ CIDH., Caso No. 11.218.

... tratándose en estos casos de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, el Estado tiene el deber legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos. Por lo cual, en todo caso el Estado... es titular de la acción punitiva y tiene la carga de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos o de la aportación de pruebas por parte de los mismos.⁷²

XIV. La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina

Si hemos efectuado esta reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo ha sido en razón de la importancia que ella reviste para el orden jurídico interno argentino a partir de la Sentencia de su Corte Suprema de Justicia dictada en el caso “Giroldi, Horacio D. y otro”, de 7 de abril de 1995 que, por su trascendencia no puede pasar inadvertida. En dicho pronunciamiento el máximo tribunal judicial argentino resolvió, en lo que aquí interesa:

Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º.) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2º.), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (Confr. Arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º., ley 23.054).

⁷² CIDH. Casos Nos. 11.228; 11.229; 11.231 y 11.282. Informe No. 34/96, párr. 63.

Este pronunciamiento, que sigue la línea que trazara en el caso “Ekmedjian c/ Sofovich”,⁷³ en el sentido de que a la hora de interpretar la Convención corresponde guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pone fin a cualquier duda que pudiera suscitarse acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, sin distinguir entre actividad consultiva y jurisdicción contenciosa de esta última.⁷⁴

Consideramos que a partir de la ratificación de la Convención Americana por ley 23.054 y con mayor razón aun, después de las sentencias precedentemente comentadas y de la reforma constitucional de 1994, cobra mayor fuerza de convicción la apreciación de Zaffaroni en cuanto a que las normas constitucionales “sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención”.⁷⁵ Tal como lo consigna Gordillo:

La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos, [debe] ser aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales... y no a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.⁷⁶

Es sabido que, de acuerdo a las previsiones de los artículos 62; 67 y 68 de la Convención Americana, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para las partes. Más que “compromiso” al que alude el apartado 1 del art. 68, es una obligación de los Estados Parte que surge de las

⁷³ CSJN. Caso No. E. 64.XXIII, sentencia de 7 de julio de 1992. Considerando 21.

⁷⁴ Confr.: Gordillo: “Derechos Humanos”, *cit.*, p. II-15/16 y nota 3.20; II-27/28; 30 y nota 5.21; III-17. Para quien la Corte Argentina sentó aquí el carácter “operativo” de las cláusulas de la Convención aun en ausencia de regulación legislativa; a consecuencia de lo cual, toda norma contraria preexistente ha perdido automáticamente vigencia a partir de la entrada en vigor de la Convención, p. II-25 y III-6.

⁷⁵ Zaffaroni: “La Convención Americana de Derechos Humanos y el sistema penal”, en: Revista de derecho público. FDA., No. 2, Bs.As. 1987, p. 61. Gordillo: “Derechos Humanos”, *cit.* p. III-4 y 5.

⁷⁶ “Derechos Humanos”, *cit.*, p. II-19.

previsiones de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José, y así debe ser interpretado dicho vocablo.⁷⁷

XV. Limitaciones a los derechos y libertades fundamentales

Enseña Nikken que “El tema de los derechos humanos domina progresivamente la relación de la persona con el poder en todos los confines de la tierra. Su reconocimiento y protección universales representa una revalorización ética y jurídica del ser humano como poblador del planeta más que como poblador del Estado. Los atributos de la persona humana, donde quiera que ella esté y por el mismo hecho de serlo prevalecen no sólo en el plano moral sino en el legal, sobre el poder del Estado, cualquiera sea el origen de ese poder y la organización del gobierno...”⁷⁸ En ese sentido los derechos humanos son absolutos.

Sin embargo, en lo relativo a su ejercicio, pueden sufrir legítimas limitaciones. En efecto, para que los derechos humanos se conviertan en una realidad legal —señala Vasak—⁷⁹ debe contarse con estos tres requisitos:

A) *Estado de derecho.* Debe existir una sociedad organizada en forma de estado de jure. “En la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la restricción al ejercicio del poder estatal”, ha declarado la Corte Interamericana.⁸⁰ Con lo que queda dicho que el poder no puede ejercerse de cualquier manera sino en favor de los derechos de la persona. “El norte de tal

⁷⁷ Confr.: Rodríguez Rescia: “Eficacia jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *La Corte y el sistema interamericano...*, cit. p. 463. Ver Gros Espiell: “Los métodos...”, cit., p. 225.

⁷⁸ Nikken: “El concepto de derechos humanos”, cit., p. 37.

⁷⁹ Vasak: “Los derechos humanos como realidad legal”, cit., p. 27.

⁸⁰ CortelDH. OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, párr. 22.

ejercicio, en una sociedad democrática, debe ser la preservación y satisfacción de los derechos fundamentales de cada uno”, escribe Nikken.⁸¹

B) Legalidad. Dentro del Estado, los derechos humanos deben ejercitarse como un marco legal preestablecido. Lo cual no impide que pueda variar con las circunstancias y con la naturaleza de los derechos.

C) Garantías. Deben proporcionarse a sus titulares las garantías legales específicas y, en especial, los recursos necesarios para asegurarse de que sean respetados.

D) Relatividad. Si bien el único propósito del establecimiento de tal sistema legal es el de facilitar su ejercicio, deben tenerse en cuenta tres factores indispensables, a saber:

- I. Los derechos humanos de los “demás”,
- II. La vida del grupo considerado como entidad y
- III. La vida de la humanidad como conjunto.⁸²

Así lo establecen tanto el art. 29 de la Declaración Universal cuanto el 32 de la Convención Americana.

De hecho, estas limitaciones contenidas en los diversos instrumentos internacionales constituyen condiciones que reglamentan el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, cuidando de no alterar el espíritu de los mismos, para decirlo con las palabras de los arts. 18 y 28 de la Constitución Argentina.

E) Requisitos. Los requisitos para el establecimiento de tales limitaciones prácticamente se repiten en los aludidos documentos internacionales:

⁸¹ “El concepto de los derechos humanos”, *cít.*, p. 29. Ver asimismo: pp. 18 y 22.

⁸² Salvador de Madariaga: “Droits de l’homme ou relations humaines?”. UNESCO, París, 1949, p. 44, en Vasak: “Los derechos humanos como realidad legal”, *cít.* vol. I. pp. 31/32.

a) *Reserva de ley*. Uno, relativo a la forma, es que deben ser establecidas por ley.⁸³ Porque se trata de una materia sometida a la llamada “reserva legal”, de modo que el poder ejecutivo no está facultado para aplicar otras restricciones que las que consignan las leyes. Así lo consagra, por ejemplo, el art. 30 de la Convención Americana en tanto preceptúa que las limitaciones autorizadas por ella, solo podrán emanar de “leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

El art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice que “El ejercicio de los derechos naturales de todo hombre no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de ese mismo derecho; y estos límites sólo pueden determinarse mediante la ley”. Un sistema en el que todas las personas, sin excepción, están sometidas a normas generales e impersonales previamente establecidas.

En los documentos internacionales se emplea permanentemente la expresión “todos”, sin diferencias ni privilegios.

Tocante a este artículo 30, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho: “que la palabra ‘leyes’... significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.⁸⁴

b) *Finalidad*. Otro, atinente a su finalidad, es que deben establecerse en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el

⁸³ Vasak: “Derechos civiles y políticos”, *cit.*, p. 240. Nikken: “El concepto de derechos humanos”, *cit.*, p. 35.

⁸⁴ CorteIDH., “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 38.

orden públicos, para la protección de la salud o la moral públicas o para la protección de los derechos y libertades de los demás.⁸⁵

Para Nikken, “todas estas nociones implican una importante medida de relatividad. Deben interpretarse en estrecha relación con el derecho al que están referidas y deben tener en cuenta las circunstancias del lugar y del tiempo en que son invocadas e interpretadas”... tratándose de nociones en que está implicada la relación entre la autoridad del Estado y los individuos sometidos a su jurisdicción, todas ellas podrían ser reducidas a un concepto singular y universal, como es el orden público”.⁸⁶

La Corte Interamericana ha definido al orden público como el conjunto “de las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”.⁸⁷

Con relación al concepto “bien general”, la relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, Erica-Irene A. Daes, afirma:

Es deber del individuo respetar, reconocer y dar prioridad al bien general o al interés público en general, siempre que éstos sean compatibles con la dignidad del individuo. En sí mismo el bien general no tiene significado alguno: su fin es promover la dignidad y el bienestar del hombre. El bien general es totalmente diferente de la “razón de Estado”. Uno de los objetivos del Estado es salvaguardar los derechos e intereses de cada ser humano. El hombre debe identificarse con la comunidad, pero sin perder su identidad en ella.⁸⁸

Similares apreciaciones merece, a nuestro juicio, el concepto “orden público” ya que el Estado es una institución al servicio del

⁸⁵ Vasak: *op. y loc.* citado en nota 83.

⁸⁶ Nikken: “El concepto de derechos humanos”, *cit.*, p. 33/34.

⁸⁷ CorteIDH. “La colegiación obligatoria de periodistas”, párr. 64.

⁸⁸ Daes: “La libertad del individuo ante la ley”. Serie de Estudios, 3. Naciones Unidas. Nueva York, 1990, p. 61. núms. 250/51.

hombre y los derechos de la persona humana deben ser reconocidos y defendidos, cualquiera sea la idea que se tenga sobre su origen y naturaleza.⁸⁹

c) *Alcance*. Por último, un tercero relacionado con su alcance. Las limitaciones impuestas deben considerarse “necesarias en una sociedad democrática”.⁹⁰ O, redondeando conceptos, las limitaciones adoptadas deben serlo en la medida estrictamente necesaria, en una sociedad democrática, para preservar el orden público.

Comentando el transcripto pronunciamiento de la Corte Interamericana, Nikken consigna que

la definición de esos valores y principios no puede desvincularse de los sentimientos dominantes en una sociedad dada, de manera que si la noción de orden público no se interpreta vinculándola estrechamente con los estándares de una sociedad democrática, puede representar una vía para privar de contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos. En nombre de un orden público, dominado por principios antidemocráticos, cualquier restricción a los derechos humanos podría ser legítima.⁹¹

En tal respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene sentado que las nociones de orden público y de bien común no pueden invocarse como “medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención” y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.⁹²

Es que existe una íntima relación entre la realización de los derechos humanos y la existencia de una sociedad democrática.

⁸⁹ Confr.: ONU. Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer periodo de sesiones. Sesiones plenarias, actas taquigráficas. vol. III, 1495ª sesión, párr. 107.

⁹⁰ Vasak: *op. y loc.* citada en nota 85.

⁹¹ Nikken: *op. y loc.*, citados en nota 86.

⁹² CortelDH. OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, párr. 67.

En junio de 1993, se realizó en Viena, Austria, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos —la primera tuvo lugar en Teherán en 1968— en la que representantes de 171 Estados aprobaron la Declaración y Programa de Acción de Viena, culminación de un largo proceso y debate acerca de la situación actual de los derechos humanos en el mundo, señalando el inicio de un renovado empeño por potenciar y dar mayor aplicación al conjunto de instrumentos de derechos humanos elaborados a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En su discurso de apertura de la Conferencia, el 14 de junio, el secretario general señor Boutros Boutros-Ghali expresó —entre otros conceptos— que:

Desearía formular un voto solemne: que esta Conferencia esté a la altura del tema que va a tratar y que se sitúe bajo la égida de una triple exigencia, de lo que yo llamaría los tres imperativos de la Conferencia de Viena: Universalidad, Garantías, Democratización. El imperativo de la democratización es a mi juicio el elemento fundamental que está en juego en este fin de siglo. Sólo la democracia, dentro de los Estados y dentro de la comunidad de Estados, es verdadera garante de los derechos humanos. Sólo la democracia concilia los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos de los pueblos y los derechos de las personas. Sólo la democracia concilia los derechos de los Estados y los derechos de la comunidad de los Estados. A mi juicio, el proceso de democratización es indisoluble de la protección de los derechos humanos. La democracia constituye el proyecto político en el que debe inscribirse la garantía de los derechos humanos. Ese enunciado no constituye una mera afirmación de principios o una concesión a la moda del momento, sino antes bien la comprobación de que la democracia es el sistema político mediante el cual se afirman con mayor libertad los derechos individuales y que, por ende, la acción que realizan las Naciones Unidas en favor de los derechos humanos no se puede disociar de la instauración de sistemas democráticos en la sociedad internacional... La democracia no es patrimonio exclusivo de nadie... no es un modelo que haya que copiar de ciertos Estados, sino un objetivo para todos los pueblos.

La Carta de las Naciones Unidas, en su preámbulo, comienza diciendo: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a... Hemos decidido aunar nuestros esfuerzos para realizar estos

designios. Por lo tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes...”.

Ese término “Nosotros” reafirma que los pueblos del mundo tienen derecho a gobernarse a sí mismos por medio de sus representantes y participar en las decisiones políticas, en una auténtica expresión democrática. (Confr.: arts. 1.3 y 55).

Las dramáticas transformaciones que ha sufrido el concepto de soberanía en los últimos tiempos, pueden leerse en Reisman: “Sovereignty and human rights in contemporary international law”.⁹³

Esta íntima relación entre derechos humanos y sociedad democrática está plasmada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):

Art. 21.1: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por medio de representantes libremente escogidos”.

Art. 29.2: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estar sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Surge esta relación también del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) especialmente el art. 25:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

⁹³ En: 84 AJIL 866-1990.

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.
- c) Tener acceso en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en la novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948) contiene varias normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo. Se establece que "... la solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa".

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece:

Artículo XX: "Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres".

El art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores y

- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

En síntesis: Los derechos humanos tienen más posibilidades de ser cumplidos en un sistema democrático. A la inversa, la democracia no puede existir si no se respetan los derechos humanos. Es decir, no hay democracia sin derechos humanos; si estos no se respetan, la democracia no puede mantenerse. Son dos conceptos inseparables de una misma y única ecuación.

d) *“Lo necesario” y su sentido estricto.* Nos resta agregar que esa “medida necesaria”, como dice la Memoria Explicativa del Consejo de Europa, no se puede determinar a priori, con idénticos criterios para todos los países y todos los momentos, sino a la luz de cada situación particular.

Pero, siempre es un criterio de mínima restricción en una sociedad que reúne los requisitos más distintivos de un sistema democrático porque, quedando afectada la libertad de la persona, la limitación deber serlo en la medida estrictamente necesaria ya que lo primero y originario del derecho es la libertad.

Tal como lo expresa Legaz y Lacambra, “La existencia es la vida de la libertad... la existencia implica, constitutivamente, metafísicamente, la libertad...” Y en tanto que la libertad es la substancia de la existencia, el derecho es existencia de la libertad. La libertad impregna y define la vida humana plenaria y ésta constituye una experiencia de libertad.

El problema jurídico de la libertad irrumpe dogmáticamente con el axioma “todo lo que no está prohibido esta jurídicamente permitido” y aunque no es necesario que el ordenamiento jurídico lo recoja expresamente ya que la libertad es el presupuesto filosófico sobre el cual se edifica el mismo, se halla consagrado explícitamente en numerosas constituciones latinoamericanas. Así, por ejemplo, el art. 19, segundo párrafo de la Argentina preceptúa: “Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La regla, luego, es la permisión porque la libertad es el “prius” en el derecho.

Las regulaciones normativas deben tener, así, un sentido liberador para el hombre en tanto están destinadas a crear condiciones sociales que permitan asegurarle, dentro de lo posible, realizarse como ser libre, cumplir con su proyecto de vida único e intransferible. El derecho está concebido para garantizar al hombre el despliegue de sus posibilidades de libertad a fin de concretar su vocación o proyecto de vida. Toda limitación a esa libertad debe serlo para posibilitar una libertad ajena correlativa y no para tiranizarlo u oprimirlo.

La modalidad con que se establecen estas cláusulas limitativas en las convenciones internacionales (v. gr. art. 5 Pacto Internacional; art. 60 Convención europea; art. 29 Convención Americana) ponen de manifiesto el propósito de autorizarlas en la medida estrictamente necesaria, a fin de asegurar el máximo de protección al individuo.⁹⁴

El art. 30 de la Declaración Universal persigue como objetivo salvaguardar los derechos protegidos por ella mediante la tutela del libre funcionamiento de las instituciones democráticas, limitando esos derechos sólo en la medida en que esa limitación sea necesaria, para evitar que se desvirtúen totalmente.

El artículo contiene dos prohibiciones precisas, a saber: a) que ninguna persona o grupo de personas puede utilizar las disposiciones de la Declaración para desplegar actividades que socaven los derechos reconocidos en la misma y b) que el Estado no puede emplearlas como medio de limitar o restringir los derechos y libertades en mayor medida de lo que permite el art. 29.1 de la Declaración, incluso cuando lo haga con respecto a quienes ejerzan esos derechos con intención de socavarlos.⁹⁵

⁹⁴ Confr. Nikken: *op. cit.* en nota 86, p. 33. Newman: “Derechos civiles y políticos”, *cit.*, pp. 242/45.

⁹⁵ Confr. Daes: “La libertad...”, *cit.*, p. 146, núms. 346/351.

A su turno, las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del art. 29 de la Declaración Universal restringen la potestad del Estado, a fin de garantizar que las limitaciones al ejercicio de los derechos no las emplee con fines ilegítimos.⁹⁶

e) *Los “conceptos jurídicos indeterminados”*. Pensamos que igualmente juegan los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” como freno a la actividad estatal limitativa de los derechos y libertades fundamentales, tanto internacionales cuanto de derecho interno, entre los cuales cobran preponderancia los de razonabilidad, arbitrariedad, exceso, desviación o abuso de poder y fraude a la ley.⁹⁷

XVI. A modo de final⁹⁸

Los desarrollos que anteceden no pretenden ser una presentación de toda la temática que integra el derecho de los derechos humanos ni, tampoco, una exposición acabada de la materia que abordan. Solamente procuran proporcionar al lector un breve muestrario de lo que denomináramos antes de ahora el “núcleo central” de esta disciplina jurídica que le permita percibir cuál es la antropología filosófica que está en la base de la misma.

Los Derechos Humanos, tal como los concebimos hoy, se sustentan en la libertad ontológica del ser humano, la misma que hace viable una valoración que se funda en una ideología estimativa llamada humanista. “Los derechos humanos hacen posible el reconocimiento de que la libertad, en su sentido absoluto, es parte de ‘ser un hombre’... La necesidad o la vocación de ser libre según la ‘naturaleza humana’, es por naturaleza absoluta e incondicional, pues sin libertad, la ‘vida’, para un hombre ‘no merece vivirse’...

⁹⁶ Confr. Daes: “La libertad... *cit.*”, p. 147, No. 352.

⁹⁷ Ver Gordillo: “Derechos Humanos”, *cit.*, p. III-13 y 14.

⁹⁸ Para la redacción de este capítulo, utilizamos preferentemente las siguientes obras de Fernández Sessarego: “Nuevas tendencias en el derecho de las personas”. Universidad de Lima,

Sin el prerequisite de la libertad toda dimensión de potencialidad —deber ser, querer ser, tareas, exigencias, vocaciones— carecen de sentido”, afirma Hersch.⁹⁹

Los derechos humanos, dentro de la coexistencialidad estructural de la vida humana, —puesto que existir es coexistir— por medio de una trama de derechos y recíprocos deberes normativamente diseñados, tutelan el ser y las maneras de ser de la persona en tanto ontológicamente libre, auto constituyéndose en el tiempo según su proyecto existencial, apoyado en la realidad de su cuerpo y de su circunstancia, a partir del don de la vida.

Esta protección jurídico normativa, al reconocer tal situación, contempla simultáneamente tanto la vertiente personal —en cuanto cada hombre es idéntico a sí mismo— como la dimensión comunitaria —en que se sitúa la persona con “los otros”— en virtud de la estructura coexistencial del hombre. De ahí, que sólo en una sociedad organizada en términos de justicia la persona pueda realizarse como ser ontológicamente libre; por lo que requiere se asegure normativamente el despliegue fenoménico de su libertad. La conducta humana —o acción— consiste en la expresión o manifestación de esa libertad en acto, en la realidad de la vida; por ello se dice que la conducta humana es esa libertad metafísica “fenomenalizada”, o que la vida humana plenaria constituye una experiencia de libertad. El ser libre reclama las “libertades” —o Derechos Humanos— que tienden normativamente a eliminar las trabas y la arbitrariedad que se oponen a dicha realización. Ahora se comprende mejor por qué Legaz y Lacambra sostenía que “el derecho es existencia de libertad”.¹⁰⁰

Lima, 1990; “Derecho a la identidad personal”. Ed. Astrea, Bs. As. 1992; “Abuso del derecho”. Ed. Astrea, Bs. As. 1992; como también sus artículos “El daño al proyecto de vida”; “Daño psíquico” y “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”.

⁹⁹ “Los derechos humanos en el concepto europeo”, en *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Varios autores. Serbal/UNESCO, Barcelona, 1985, p. 149/51.

¹⁰⁰ Fernández Sessarego: “Nuevas tendencias...”, *cit.*, p. 388. Aftalión, García Olano y Vilanoba: “Introducción al derecho”. La Ley, Bs. As. 1967, 8a. ed., p. 155/56. Ver nuestro “El derecho de los derechos humanos”. Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1997. Fappiano: “El derecho...”, *cit.*, p. 112/15.

El hombre, en cuanto libertad radical, requiere de la debida protección jurídica a fin de realizarse plenamente como persona. De nada le valdría al hombre ser ontológicamente libre si no tuviese la posibilidad de convertir en acto, su decisión libre, en realidad vivida su proyecto de vida. Dada esta especial naturaleza del ser humano todos los derechos fundamentales constituyen un haz *indivisible e interdependiente*, de donde merecen pareja consideración y protección jurídica. Sólo bajo esta óptica se logra la tutela integral de la persona humana estimada como valor, como fin en sí misma y no como simple instrumento.

En un mundo pluriideológico y pluricultural corresponde al humanismo el mérito de haber fraguado una teoría de los Derechos Humanos que tiene como sólido basamento el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo —esto es, como un ente capaz de decidir— y no como un medio o instrumento de otros hombres. “Todos los seres humanos nacen libres” expresa la Declaración Universal, con lo que se propone significar que la libertad, en tanto que tal, es una “categoría” humana que, por lo mismo, no necesita ni puede otorgarse ni garantizarse meramente por una Convención: “El ser humano es libre. Pero este elemento ontológico solo se actualiza al volverse concreto; en otras palabras, bajo la forma de las ‘libertades’ que todos conocemos. Estas libertades deben garantizarse en interés de la realización completa del ser humano y, por consiguiente, deben declararse como derechos... El hombre organiza, esto es, determina su vida gracias a su propia razón, vale decir, por libre —o “auto”— determinación”.¹⁰¹

En cualquier actividad del hombre, sea de derecho común, comercial, industrial, agraria, laboral, etc., están siempre presentes los Derechos Humanos. Ellos siguen a la persona como una sombra, a donde vaya, donde esté, sea cual fuese la actividad específica que despliegue. Esto, porque tiene que ver con la *dignidad*

¹⁰¹ Dienner: “Los derechos humanos desde una perspectiva europea”, en *Fundamentos...*, cit., p. 121/22.

misma del ser humano, de todos los seres humanos sin excepción, cualquiera sea su actividad específica.¹⁰²

Por medio de los Derechos Humanos se tutela el quehacer del hombre sin distinción, ya sean estos derechos de la primera, de la segunda o de la tercera “generación”. Y ello ocurrirá, también, con relación a aquellos otros derechos que la realidad continuará forjando, si se tiene en cuenta que la protección del ser humano es tarea inacabada y constante.

BUENOS AIRES, OTOÑO DE 2003.

¹⁰² Fernández Sessarego: “Nuevas tendencias...”, *cit.*, p. 370/72.