

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

68



Julio - Diciembre 2018



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2018 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

- Presentación**..... 7
José Thompson J.
- Dos instrumentos históricos que mostraron el camino**.....11
José Antonio Musso
- Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão**..... 39
Renato Zerbini Ribeiro Leão
- La Declaración Universal de Derechos Humanos y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos**..... 65
Mireya Maritza Peña Guzmán
- El derecho internacional frente a la violencia de género** . 91
Mayren Vargas Araya
- Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos, de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados**..... 115
Valeria V. Llamas
Sabrina P. Vecchioni
- Expressão e democracia no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**..... 145
André Almeida Gonçalves
Mariana Ferreira Silva

Sistema Interamericano de Derechos Humanos e Leis de Identidade de Gênero	171
<i>Sophia Pires Bastos</i>	
El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos	201
<i>Bernardo José Toro Vera</i>	
Derechos humanos: Una materia a ser interpretada	227
<i>Joaquín Pablo Reca</i>	
¿La culpa la tienen los derechos humanos? Reflexiones a propósito del 70 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	243
<i>Lautaro Ezequiel Pittier</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 68 de su Revista IIDH, cuyo tema central es la conmemoración del 70º aniversario de las declaraciones de derechos humanos universal y americana. En sus contenidos, que se reseñan a continuación, se destaca la importancia de ambos instrumentos; son estas las primeras piedras del vasto edificio que constituye, hoy día, el derecho internacional de los derechos humanos y sus desarrollos.

La lectura de *Dos instrumentos históricos que mostraron el camino*, José Antonio Musso, de Argentina, nos posibilita conocer el contexto en el que surgieron las citadas declaraciones, del que se recuperan las incidencias más interesantes del debate previo a su aprobación en el mundo polarizado de la posguerra, además de hacer un detallado análisis de los contenidos de ambos instrumentos, su valor y sus efectos en la configuración del derecho internacional en esta área y la institucionalidad correspondiente.

Renato Zerbini Ribeiro Leão, brasileño, en su aporte titulado *Os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: um olhar especial sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu órgão de supervisão* –tras hacer alusión a la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH) y a los desarrollos jurídicos e institucionales posteriores– describe ampliamente la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas junto a los procedimientos adoptados para la aplicación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los casos

resueltos; finaliza con una revisión de la naturaleza y los alcances de las medidas provisionales, cuya adopción es una facultad de los órganos de derechos humanos ante situaciones de emergencia.

En *La Declaración Universal y la naturaleza evolutiva y multifacética de los derechos humanos*, la colombiana Mireya Maritza Peña Guzmán contextualiza la conformación del derecho internacional de los derechos humanos en los ámbitos doctrinario y político, los fundamentos de los derechos colectivos recogidos en el articulado de la DUDH y el papel de los derechos en la época actual desde diversas perspectivas.

Mayren Vargas Araya, de Costa Rica, autora de *El derecho internacional frente a la violencia de género*, describe los avances en la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres a partir de 1948 –con énfasis en su derecho a vivir sin violencia– en el marco de la obligación estatal de respetarlos y garantizarlos; también el papel de los órganos especializados de los sistemas universal e interamericano. En la parte final de su artículo nos ofrece un vistazo de la situación de violencia y discriminación que siguen afrontando las mujeres en la región, pese a los avances normativos e institucionales.

Por su parte, las argentinas Valeria V. Llamas y Sabrina P. Vecchioni –autoras de *Buscando refugio. Análisis comparativo y evolutivo del derecho a buscar y recibir asilo en el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos de cara a la adopción del Pacto Global de Refugiados*– miran este derecho a la luz de los paradigmas contenidos en las declaraciones americana y universal en un contexto en el que, ante los valladares que obstaculizan su pleno respeto, se contrapone un nuevo acuerdo integral que protegería los derechos de las personas refugiadas y migrantes en su calidad de “titulares de derechos”.

André Almeida Gonçalves y Mariana Ferreira Silva, de Brasil, en *Expressão e democracia no sistema interamericano de direitos humanos* establecen el propósito de la garantía de la libertad de expresión, sus límites, el alcance del Estado en su regulación y su relación con la democracia; repasan, además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en varios casos; finalmente, plasman sus consideraciones acerca de lo establecido por dicho tribunal interamericano en contraste con lo que se concibe teóricamente sobre la temática en cuestión.

En *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e leis de identidade de gênero*, la también brasileña Sophia Pires Bastos argumenta sobre la necesidad de que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconozcan las identidades de género, para combatir la discriminación contra las personas diversas sexualmente. Así, delinea los parámetros relativos al control de convencionalidad en la elaboración legislativa; además, revisa los avances en este campo en algunos países de la región –enfaticando en Brasil– y los contrasta con lo dictado por el sistema interamericano.

El chileno Bernardo José Toro Vera –autor de *El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos*– aborda la interrelación entre el derecho internacional e interno, el papel de la judicatura como principal responsable del control de convencionalidad en el Estado constitucional de derecho y la reforma constitucional mexicana de 2011. Asimismo, presenta el origen y la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y varias resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de ese país norteamericano, en el contexto del surgimiento del *ius constitutionale commune* en la región, que coloca en el centro a la persona y sus derechos.

En *Derechos humanos: una materia a ser interpretada*, Joaquín Pablo Reca, de Argentina establece el carácter operativo o programático de las normas y su implementación por parte de la institucionalidad; asimismo, discute a quién le corresponde la titularidad de los derechos haciendo referencia a la Opinión Consultiva OC-22/16 de la Corte IDH, relacionada con las personas jurídicas.

Con *¿La culpa la tienen los derechos humanos?... Reflexiones a propósito del 70 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, Lautaro Ezequiel Pittier de Argentina hace una contribución al debate acerca de la responsabilización sesgada que se formula sobre estos en relación con la criminalidad. Para ello, trae a cuenta importantes asuntos como el principio de igualdad, la universalidad de los derechos, la discusión acerca de la inefectividad de la pena de muerte, el propio concepto de derechos humanos y el debido proceso.

Finalizo esta presentación agradeciéndoles a las autoras y autores por los artículos plasmados en esta nueva edición de la Revista IIDH, los que indudablemente constituyen una valiosa contribución al debate y la búsqueda de soluciones a asuntos de gran actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos.humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Derechos humanos: Una materia a ser interpretada

*Joaquín Pablo Reca**

Introducción

El hombre, como centro de la sociedad y razón de ser del Estado, es titular real o potencial de todos y cada uno de los derechos que pueden ser vinculados a la persona humana; en consecuencia, más allá del alcance y la importancia de las declaraciones de derechos e incluso a falta de estas, el hombre resultaría poseedor de todas las facultades que pudieran aparecer sin perjuicio de las limitaciones legalmente admisibles. Los instrumentos que describen los derechos humanos son meramente ejemplificativos.

Para llegar a tal conclusión, ha de partirse de la premisa contenida en el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, la cual sostiene que las acciones de los hombres que no afecten el orden público ni perjudiquen a terceros caen fuera de la égida del Estado; también en los instrumentos internacionales,

* Abogado de la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, graduado de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; maestría de Derechos Humanos, en progreso, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; colaborador, desde 2015 a la fecha, en la Clínica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata; asistente en cursos sobre la materia; expositor en seminarios y jornadas de derechos humanos; publicaciones sobre los distintos factores que conculcan derechos humanos.

referidas a que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”¹.

De ello se extrae que toda acción que no perjudique a terceros ni ponga en peligro la seguridad común, no solo está permitida sino que –además– no podrá ser afectada bajo ningún concepto desde que el Estado, en principio, carece de potestades para reglamentar más allá de tales supuestos. En ningún caso, los intereses estatales podrán hacerse valer por sobre los de los habitantes, salvo en cuanto tiendan a preservar la seguridad general; por supuesto, tampoco podrán anteponerse las necesidades de ningún Gobierno al pleno ejercicio de los derechos.

I. Vallado a las potestades estatales: declaraciones escritas en materia de derechos humanos

Podría pensarse que resulta absolutamente innecesario y sobreabundante el consignar los derechos en textos escritos, toda vez que –aun cuando estos no existieran– el individuo igualmente se encontraría protegido por la norma general que estatuye su titularidad potencial de todos y cada uno de los derechos.

Si bien eso último resulta acertado, no puede negarse la utilidad de contar con catálogos que los describan con la mayor minuciosidad posible, toda vez que la historia demuestra la común resistencia del Estado a admitir y respetar las potestades de los

1 ConvenciónAmericanasobreDerechosHumanos, artículo 32.2; DeclaraciónAmericana de Derechos y Deberes del Hombre, romano XXVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo29.2; y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 4.

particulares pese –muchas veces– a hallarse plasmadas en prolijas declaraciones.

La referida conveniencia debe ser evaluada, teniendo siempre presente que la declaración de los derechos humanos que realizan un Estado o una comunidad regional o internacional, es un reconocimiento de los mismos; no los constituye, porque ello deviene de la existencia humana. Podemos reclamar tal declaración porque tiene un sólido fundamento, más allá de la norma escrita. Se tenga o no esta, cabe siempre reclamar su respeto y su promoción sin perjuicio de que aquel reconocimiento le añada certeza y le asegure su más efectivo cumplimiento².

Tales instrumentos describen no solo los derechos sino también las garantías, que no son otra cosa que métodos o instrumentos para hacer efectivo el mejor resguardo de aquellos. Así, la libertad ambulatoria aparecerá custodiada por el *habeas corpus* y todas las obligaciones impuestas al Estado para la sustanciación de procesos penales; los restantes derechos serán protegidos mediante el amparo y el libre acceso a los tribunales para conseguir su reconocimiento.

Un dato a tener en cuenta es que los documentos en cuestión permiten la formulación de un vallado infranqueable para las potestades del Estado, que no podrá avanzar sobre los principios así descriptos³.

Los compendios de derechos poseen una mayor efectividad si –como sucede en nuestro orden jurídico– provienen de fuentes distintas, externas –regionales o internacionales– y toda vez que,

2 Gelsi Bidar, Adolfo. “Jusnaturalismo y derechos humanos”, Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías, *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, segunda serie, N° 13, Montevideo, junio de 1990, p. 9.

3 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 27 de agosto de 1789.

además de insertarnos en el esquema universal de los derechos humanos, crean mecanismos de control ajenos al propio Estado; por ende, no manipulables por el mismo. Esto es lo que sucede con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), con referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH o el Pacto de San José); también ocurre con el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el PIDCP).

La interpretación de los documentos descriptivos de derechos debe hacerse con carácter extensivo, amplio, admitiendo el hecho de que puedan surgir otros no incluidos en el catálogo o que los que están puedan poseer un alcance superior al que podría indicar su formulación.

II. Presunciones en el campo de los derechos humanos: su operatividad

Uno de los temas más estudiados y discutidos por los constitucionalistas ha sido la coexistencia de dos grandes clases de disposiciones: las llamadas “operativas” y las “programáticas”.

Las primeras resultan de aplicación inmediata, razón por la cual algunos doctrinarios las denominan “auto-ejecutivas” o “*self-executing*” en el derecho comparado (derecho estadounidense), pudiendo hacerse valer ante un tribunal sin otra norma que precise su contenido o alcance. En nuestro ordenamiento jurídico, no resulta necesaria la sanción de ninguna ley para efectivizar el derecho de los habitantes a que no se les imponga la pena de muerte –artículo 4.3 de la CADH– ni a que se respete su libertad

de conciencia y religión, establecido en el artículo 12 de la misma, o de pensamiento y expresión contenida en su artículo 13, etc.

Mientras, las disposiciones “programáticas” necesitan un panorama concreto que es otorgado por directivas –por medio de disposiciones normativas– para su posterior aplicación. Le imponen al legislador la obligación de dictar las leyes que permitan efectivizar el derecho en cuestión.

La “programaticidad” presenta varios supuestos, según el grado de precisión de la descripción hecha por la norma o los condicionamientos establecidos por la misma para su vigencia.

Hay previsiones que requieren, para su implementación, la existencia de circunstancias de hecho determinadas para poder ser desarrolladas y puestas en vigencia; mientras tales condiciones no se den en el plano fáctico, carecen de toda posibilidad de ser implementadas⁴.

Otras presentan formulaciones dirigidas no al intérprete sino al legislador, imponiéndole el dictado de normas que hagan regir efectivamente el derecho de que se trate e indicándole un determinado contenido⁵.

Por último, aparecen mandatos claramente dirigidos al Órgano Legislativo que obligan a este no solo a dictar una ley de implementación, sino que también le imponen fijar su contenido y alcance⁶.

4 Es el caso del artículo 26 de la CADH que establece el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, “en la medida de los recursos disponibles”.

5 Por ejemplo, el artículo 17.4, números y 5, de la CADH, así como el artículo 20 del PIDCP.

6 Por ejemplo, los artículos 19 de la CAD.H. y 24.1 del PIDCP. En la actualidad, tales derechos han sido precisados adecuadamente a partir de la ratificación por

Para determinar si una norma es “operativa” o “programática” deberá estarse principalmente a su formulación gramatical, a quién se halla dirigida, el tipo y el tiempo de verbo empleado, etc. Así, si se expresa que “la ley debe” o “la ley deberá” reconocer tal o cual derecho, nos hallaremos ante una previsión programática; pero no será así cuando se aluda a que las personas “tienen” derechos sujetos a “las limitaciones prescriptas por la ley” o “las condiciones que establezca la ley”, o “según las formas establecidas por la ley”, etc. En este último supuesto, la norma indica a través del tipo y tiempo de verbo –“tiene”– que el individuo es poseedor de un derecho vigente y que el legislador puede fijar las condiciones de tiempo y modo imprescindibles para asegurar su adecuado ejercicio, sin desnaturalizarlo.

Las normas en materia de derechos humanos corren con la presunción de operatividad. Así fue admitido desde antaño por la CSJN (en adelante la CSJN), especialmente a partir del caso *Siri*, en cuanto sostuvo que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’”⁷ –como dice el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina– para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González, que no son, “como puede creerse [...] simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con

nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por la Ley N° 23.338) que –conforme el artículo 75, número 22, de la Constitución de la Nación Argentina– posee jerarquía constitucional.

7 Corte Suprema de Justicia Nación. *Siri, Ángel (1957)*, Amparo contra actos del Estado, Fallos 239:459, 27 de diciembre de 1957, fallos 239:459.

vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente”⁸. Contemporáneamente ha agregado lo siguiente: “Es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”⁹. Esta lógica de la Corte Suprema de Justicia encuentra su basamento en el “deber” de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos.

En la misma línea de razonamiento se erige la Corte IDH al sostener que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”¹⁰.

Más, la circunstancia de hallarnos frente a una norma programática no implica que carezca de cualquier efecto sino que –por el contrario– pueden extraerse varias consecuencias.

La primera de estas es que la disposición impide al Estado la adopción de normas que se opongan al mandato o al plan contenido en aquella puesto que, de lo contrario, se estaría desconociendo el programa.

8 Corte Suprema de Justicia Nación. *Siri, Ángel (1957)*, Amparo contra actos del Estado, Fallos 239:459, 27 de diciembre de 1957, fallos 239:459.

9 CSJN, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, LL*, 1992-C, 543 del voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor.

10 Gross Espiell, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 212.

En segundo término, si el mandato normativo aparece claro el intérprete estará obligado a seguirlo al escudriñar el sentido de otras normas.

Por último, se ha sostenido que el Órgano Legislativo queda emplazado a poner en marcha el plan esbozado en la norma dentro de un plazo razonable, lo que ha sido reconocido por la CSJN con relación expresa a los tratados en materia de derechos humanos, al decir que “la violación de un tratado internacional puede acaecer [...] por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”¹¹.

No debe aquí perderse de vista que, en materia de interpretación de derechos humanos, rigen el principio *in dubio pro libertate* o el principio *favor libertate* que poseen diversas acepciones dado que –además de reforzar la presunción de operatividad de las normas que los contienen– propician la adopción de las soluciones que mejor y más ampliamente coordinen los derechos de los individuos; por otra parte, indican que cuando se plantea el crudo dilema de todas las sociedades modernas entre las potestades estatales y las facultades de los individuos, entre seguridad y libertad, debe adoptarse una solución que en ningún caso conculque los intereses de la persona humana.

En síntesis, siempre –ante cualquier incertidumbre que se plantee en el proceso interpretativo– habrá de escogerse la solución que resulta más próxima al pleno ejercicio de los derechos del hombre.

11 CSJN. Ekmekdjian c/ Sofovich cit; Bidart Campos, Germán J. *El “adentro” y el “afuera” del derecho de réplica*, ED, 25 de agosto de 1992 (especialmente párr. 9 del cap. III).

III. Titularidad de los derechos humanos: ¿destinatarios indiscriminados?

El derecho presupone la existencia de una vida en sociedad, de convivencia, puesto que aquel solo resulta necesario como regulador cuando entra en juego más de una persona. Esto trae aparejada la necesidad de determinar quién puede ser titular de derechos humanos y frente a quién los hace valer, o quién interviene en una relación de derechos humanos.

No puede haber ninguna duda de que el hombre es esencialmente el titular de la clase de potestades que nos ocupa.

Sobre el Estado como tal debemos aclarar que si bien goza de ciertos derechos propios de las personas, tal extremo no la convierte en una. Es por tal motivo que no debemos circunscribirlo como destinatario de los derechos humanos, por el simple hecho de carecer de caracteres humanos. Sería un grave error tergiversar el rol del Estado en la materia susodicha, el cual debe actuar no como titular de los mismos sino como impulsor y garante. En esta tesitura lo enmarcan tanto los tratados internacionales, como así también la Corte IDH.

Más dudoso es el caso de las sociedades o asociaciones civiles, comerciales, gremiales o políticas. Hay quienes han entendido que al estar integradas por personas, los entes colectivos –en la medida que les es admitida la titularidad de ciertos derechos análogos a los de aquellas– podrán ser reconocidos como derechos humanos. Sin dejar de aceptar que tal doctrina aparece inspirada en la intención de dar la mayor cobertura posible al ser humano en sus múltiples actividades dentro de la sociedad y también de admitir que es un derecho del hombre el de asociarse libremente con fines lícitos, tampoco puede ignorarse que la lectura de los instrumentos existentes en materia de derechos humanos parece indicar con claridad que los catálogos están referidos a hombres;

incluso, el más importante de dichos instrumentos se identifica claramente al sujeto activo en los siguientes términos: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”¹².

El problema de la determinación del titular de los derechos humanos resulta fundamental en el proceso interpretativo, puesto que de la respuesta que se dé al interrogante dependerá si una persona jurídica está autorizada a exigir una obligación determinada por parte de alguien, con base en los instrumentos internacionales que los describen.

Así como en principio solo el hombre puede ser titular de derechos humanos, igualmente pareciera que el sujeto pasivo de la relación frente al que pueden hacerse valer sería cualquiera: el Estado u otra persona física o jurídica.

No puede existir duda en cuanto a que determinados derechos y garantías tienen como único obligado posible al Estado. Así –a solo título ejemplificativo– pueden mencionarse por ejemplo la prohibición de reimplantar la pena de muerte¹³ y, las garantías judiciales¹⁴ así como el principio de legalidad y de retroactividad de la ley penal más benigna”¹⁵.

En otros supuestos, el sujeto pasivo puede ser un individuo o una sociedad como podría acaecer si la vida o la integridad corporal fueran afectadas por el accionar de personas individuales o grupos de personas no vinculadas al Estado. Pero en materia de derechos humanos, este siempre resultará obligado en forma directa, indirecta o eventual, desde que el deber estatal “de garantizar el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la

12 CADH, artículo 1.2.

13 CADH, artículo 4.3.

14 CADH, artículo 8.

15 CADH, artículo 9.

Convención implica la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan impedir el disfrute de tales derechos”¹⁶.

Esta obligación que convierte al Estado en sujeto pasivo de toda relación de derechos humanos, está puesta en cabeza del Órgano Judicial y ha sido admitida por la CSJN¹⁷.

IV. Breve referencia a la Opinión Consultiva OC-22/16

El 28 de abril de 2014, la República de Panamá presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre el artículo 1.2 en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la CADH, así como del artículo 8.1 a) y b), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador.

Acorde a lo requerido por Panamá, el 26 de febrero de 2016 la Corte IDH emitió su dictamen al respecto¹⁸. Así, agrupó las preguntas presentadas en cuatro temas principales, a saber: i) la consulta sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano; ii) las comunidades indígenas y tribales, y las organizaciones sindicales; iii) la protección de derechos humanos de personas naturales en tanto miembros de

16 En relación, particularmente, con las disposiciones de la CADH contenidas en los artículos 1.1 y 2.

17 CSJN, *Ekmekdjian c/ Sofovich*, cit., cdos. 16 y 20.

18 Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22 Solicitante: República de Panamá, disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-opinion-consultiva-oc-22-16-26-febrero-2016-serie-22-solicitante-republica-panama-fa16570003-2016-02-26/123456789-300-0756-lots-eupmocsollaf>

personas jurídicas; y iv) el agotamiento de recursos internos por personas jurídicas.

Acerca de la primera pregunta, la Corte IDH consideró imperativo realizar una interpretación del artículo 1.2 de la CADH. Para ello, hizo uso de los métodos interpretativos estipulados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹: a) el sentido corriente del término y la buena fe, b) el objeto y el fin del tratado, c) el contexto interno del tratado y d) la interpretación evolutiva.

Finalmente, habiendo empleado en forma simultánea y conjunta los criterios expuestos, la Corte IDH concluyó que de una interpretación del artículo 1.2 de la CADH se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

Para llegar a tal conclusión, aquella hizo hincapié en el “contexto interno del tratado”. Así, tanto el preámbulo de la CADH como las primeras consideraciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre muestran que estos instrumentos fueron creados con la intención de centrar la protección y la titularidad de los derechos en el ser humano.

Asimismo, el presente caso nos permite ahondar sobre el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH. En la consulta de Panamá, la decisión es vinculante para todos los Estados y no solo para el que la solicitó ya que se trata de una interpretación referente a las normas del Pacto de San José –interpretación de normas internacionales– y no sobre el derecho

19 Ratificada por Argentina mediante la Ley N° 19.865. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de enero de 1973.

interno de uno de estos²⁰; en el caso de que los Estados no sigan los lineamientos de esa opinión, se interpretará como violación de derecho.

V. Intérpretes

Es por demás evidente que la interpretación de textos normativos no se halla necesariamente velada a persona alguna; de hecho, tal operación intelectual es llevada a cabo diariamente por el habitante, el abogado, el jurista, el estudiante, etc.

Sin embargo, resulta imprescindible –para comprobar la vigencia real de un sistema de derechos humanos– el conocer la jurisprudencia de los tribunales puesto que sus decisiones reflejarán el grado de adaptación de una sociedad a los parámetros de aquel en un momento dado de su historia.

Nuestra CSJN, con específica referencia al Pacto de San José, ha admitido que la interpretación del mismo debe “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²¹. Ello viene a reafirmar el carácter supraconstitucional del sistema implementado a partir del instrumento antes mencionado.

20 Así pasó el 18 de mayo de 2016, con el caso de la República de Costa Rica en la Opinión Consultiva OC-24/17, en la cual se solicitó esta sobre el artículo 54 de su Código Civil en relación con la identidad de género.

21 CSJN, “Ekmekdjian/ Sofovich”, cdo.21 especialmente; y “Giroldi”, puntualmente el cdo.11.

Conclusión

La Constitución de la Nación Argentina reglamenta puntiliosamente las facultades del Estado, de cada uno de sus órganos y sus funciones; tales previsiones configuran el techo por sobre el cual carece de competencia para intervenir. El hombre le ha delegado determinados poderes, pero solo los indispensables para que pueda conseguir los fines para los cuales fuera creado; o sea, lograr el goce de los derechos de los habitantes en un pie de igualdad, conseguir su desarrollo material e intelectual, y aportar la seguridad.

En consecuencia, dichas facultades han de ser interpretadas en forma restrictiva, siempre que puedan interferir o rozar derechos humanos. En este supuesto, solo tendrá potestades para reglamentar cuando expresamente se le confiera y siempre que el ejercicio del derecho por parte del individuo pueda afectar a terceros, a la seguridad o al bienestar de la comunidad. Nunca la limitación podrá estar fundada en intereses momentáneos de un Gobierno o de un grupo dentro de la sociedad, sino que deberá estar basada en una mejor coordinación para asegurar el ejercicio de los derechos humanos a todos en un pie de igualdad.

De esta manera entiendo que el Estado, en materia de derechos humanos, puede intervenir mínima y exclusivamente como ordenador de la coexistencia social; carece en esta materia de facultades implícitas; está obligado como sujeto pasivo de derechos a adoptar todas las medidas para otorgar operatividad a aquellos derechos que lo requieran y le está vedado intervenir en toda oportunidad en que el legítimo ejercicio de un derecho humano no interfiera con el de un tercero. También la responsabilidad del Estado se extiende a la obligación de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos

humanos por parte de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que pudieran presentarse.

En este orden de ideas, aparecen importantes las limitaciones a las potestades estatales al estar vedado intervenir en referencia a acciones de los hombres que no produzcan daños a terceros –sean estos reales o potenciales, actuales o inminentes– ni interfieran el legítimo ejercicio del derecho de otro.

No obstante lo mencionado con antelación, se admite que el Estado posea facultades para reglamentar derechos de los habitantes en función del bien común. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la CADH, como “un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”²². En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del mismo la organización de la vida social de forma tal que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas, y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. No escapa a la Corte IDH, sin embargo, la dificultad de precisar de un modo unívoco los conceptos de orden público y bien común. A este respecto, debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse como medios para suprimir un derecho garantizado o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta tanto el equilibrio entre

22 CIDH/Corte IDH. *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1987*, Vol. 1, cap. 2, p. 1,187, Nijhoff, Martinus Editores, Dordrecht, Boston, Londres, publicado el 1 de agosto de 1987; Corte IDH. La expresión «Leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986.

los distintos intereses en juego, así como la necesidad de preservar el objeto y el fin de la CADH.