

AGUSTÍN GORDILLO

GUILLERMO A. GORDO, ADELINA LOIANO, ALEJANDRO ROSSI

DERECHOS HUMANOS

DOCTRINA, CASOS Y MATERIALES

PARTE GENERAL

2º Edición
Reimpresión 1997



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires

1997

INDICE

Capítulo I

LOS DERECHOS HUMANOS EN UN MUNDO NUEVAMENTE EN CRISIS Y TRANSFORMACIÓN

1. La democratización de la administración, la constitucionalización del derecho administrativo, la internacionalización de los derechos humanos.....I.1
2. Experiencias y conflictos. Su influencia asistemática.....I.4
 - 2.1. Los funcionarios públicos.....I.5
 - 2.2. Las grandes empresas.....I.5
 - 2.3. El público en general: usuarios, consumidores, etc...I.5
 - 2.4. Resumen comparativo.....I.6
 - 2.4.1. Los funcionarios.....I.6
 - 2.4.2. Las grandes empresas.....I.7
 - 2.4.3. El usuario, consumidor, etc.....I.7
 - 2.4.4. El medio ambiente y su progresivo deterioro....I.8
3. Otras influencias asistemáticas.....I.8
 - 3.1. La influencia asistemática de la justicia.....I.8
 - 3.2. La influencia asistemática del legislador.....I.9
 - 3.3. La influencia, asistemática de la doctrina.....I.10
4. El problema sistemático en una crisis estructural y en una época de naturaleza finalmente adversa.....I.12

*Capítulo II**LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DEL
DERECHO*

1. Introducción.....	II. 1
2. La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI.....	II. 1
2.1. Los derechos individuales en el derecho supranacional.....	II. 4
2.2. La articulación de la legislación nacional con la internacional.....	II. 5
2.3. La creciente regulación internacional.....	II. 8
3. Distintas fuentes supranacionales.....	II. 10
3.1. Tratados en general.....	II. 10
3.2. El caso específico de la Convención Americana.....	II. 10
3.3. Otras convenciones de derechos humanos.....	II. 12
3.4. Los tratados de integración económica.....	II. 14
3.5. Jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.....	II. 15
3.6. Transacciones y compromisos internacionales.....	II. 16
4. Caracteres generales.....	II. 19
4.1. Derecho interno.....	II. 20
4.2. Derogación ipso jure.....	II. 20
4.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional.....	II. 21
4.4. Carácter supranacional.....	II. 22
4.5. No denuncia unilateral.....	II. 24
5. La articulación de la justicia nacional con la justicia supranacional.....	II. 25
5.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	II. 25
5.2. Las “condiciones de vigencia” de los tratados.....	II. 27
5.3. Vigencia interna de las opiniones consultivas.....	II. 28
5.4. Prevalencia sobre “cualquier” norma de derecho interno.....	II. 28
5.5. Su aplicación por la jurisprudencia nacional.....	II. 29
5.6. Medidas “de otro carácter”.....	II. 29
5.7. Derecho a sentencia en un plazo razonable.....	II. 30

Capítulo III

LA SUPRANACIONALIDAD OPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

I. <i>Introducción</i>	III. 1
1. La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos.....	III. 1
2. Innecesariedad de su admisión constitucional.....	III. 2
3. Aplicación directa en el derecho interno.....	III. 4
4. Obligación judicial de tutelar en el derecho interno los derechos de la Convención.....	III. 6
II. <i>Los derechos humanos como orden jurídico supranacional y supraconstitucional</i>	III. 7
5. Carácter de normas jurídicas operativas de las normas y principios supranacionales.....	III. 7
6. Las sanciones supranacionales e internas por incumplimiento. La invalidación.....	III. 8
7. La condena pecuniaria.....	III. 9
8. La imperatividad y supremacía de las normas supranacionales.....	III. 10
9. Interpretación extensiva de los derechos humanos.....	III. 13
10. Los principios jurídicos indeterminados.....	III. 13
10.1. Caracterización.....	III. 13
10.2. La garantía de la razonabilidad.....	III. 14
10.3. Otros principios jurídicos supranacionales.....	III. 15
10.4. Aplicación directa. Garantías o derechos no enumerados.....	III. 16
11. Nacimiento “ipso jure” de norma interna faltante. Los derechos y deberes implícitos.....	III. 16

Anexo al capítulo III

La demarcación temática dentro de la unidad del orden jurídico

1. Problema central.....	III. 18
2. Problemas particulares.....	III. 18
3. Objetivos particulares.....	III. 18
4. Actividades.....	III. 19
4.1. Normas programáticas y operativas.....	III. 19

4.2. Derechos tutelados en forma análoga en el derecho internacional y en el derecho interno. Discusión de cuáles son las más convenientes para desarrollar el estudio de tales derechos.....	III.19
4.3. Derechos previstos en normas programáticas.....	III.20
4.4. Selección de derechos cuyo análisis es conveniente realizar en esta disciplina.....	III.20
4.5. Esquema comparativo de los medios de tutela nacional e internacional de los diferentes derechos, y las disciplinas a que corresponde su estudio.....	III.20
4.5.1. Identificación, enumeración, clasificación.....	III.20
4.5.2. Organos y medios de tutela no analizados en otras materias.....	III.21

Capítulo IV

EL DERECHO A LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE

1. La tutela de la vida, salud e integridad física y la tutela del medio ambiente.....	IV.1
2. La diversidad de casos particulares.....	IV.3
2.1. El caso de las bebidas alcohólicas.....	IV.4
2.2. El caso de drogas nuevas.....	IV.4
2.3. La contaminación por desechos químicos.....	IV.5
3. El fumar en público.....	IV.5
3.1. El principio jurídico.....	IV.5
3.2. La tutela administrativa.....	IV.7
3.3. La tutela jurisdiccional.....	IV.8
3.4. Actividad de aprendizaje.....	IV.9
4. El transporte automotor privado.....	IV.9
4.1. Dióxido de carbono y tetraetilo de plomo.....	IV.9
4.2. El caucho en polvo del desgaste de neumáticos.....	IV.10
5. Conclusiones.....	IV.10

Anexos al capítulo IV

Anexo I

I. Algunos objetivos generales del aprendizaje con casos.....	IV.12
II. Algunos de los problemas que presenta la resolución de casos.....	IV.13
1°) Inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos.....	IV.13

2°) Del análisis de los hechos en el objeto del acto.....	IV.14
3°) Del análisis de los hechos exteriores al acto, o "causa" del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado.....	IV.14
4°) De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso.....	IV.15
III. Objetivos generales y articulares.....	IV.15

Anexo II

<i>El caso de los exploradores de cavernas</i>	IV.16
Guía de reflexión.....	IV.16
1°) Los hechos del caso.....	IV.16
2°) Las valoraciones.....	IV.17

Anexo III

<i>El caso del deber de no fumar en público</i>	IV.18
Guía de reflexión.....	IV.24
I. Hechos.....	IV.24
II. Valoraciones.....	IV.25
III. Normas. Interpretación.....	IV.25

Capítulo V

LA DEFENSA SUPRANACIONAL DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO

Por Alejandro Rossi

1. Planteo de la cuestión.....	V.1
2. Coincidencias materiales y habilitación de la instancia jurisdiccional.....	V.4
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	V.6
4. Límites de la protección internacional.....	V.7
5. La jurisprudencia internacional.....	V.10
6. Conclusiones.....	V.11

Capítulo VI

DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

I. Acceso y protección de los derechos sociales.....	VI.1
1. La salud dentro de los derechos sociales.....	VI.1

2. El enfoque clásico. Triple encuadre posible.....	VI. 1
3. Los derechos sociales en época de crisis.....	VI. 3
4. Salir de la encrucijada.....	VI. 4
II. <i>Control social de la administración pública: viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina.....</i>	VI. 7
1. Introducción. Algunas ideas tradicionales fundamentales.....	VI. 7
2. Algunas ideas recientes.....	VI. 8
3. Algunas ideas no tan recientes.....	VI. 9
4. Ideas tradicionales, no receptadas en América Latina.....	VI. 12
4.1. Medios semidirectos de participación.....	VI. 12
4.2. Participación de los usuarios en las empresas y servicios públicos.....	VI. 13
5. Ideas tradicionales, receptadas parcialmente.....	VI. 15
5.1. Regionalización, descentralización, delegación.....	VI. 15
5.2. El derecho de defensa y las audiencias públicas.....	VI. 17
5.2.1. El derecho individual de defensa.....	VI. 17
5.2.2. Las audiencias públicas.....	VI. 18
6. Ideas no tradicionales.....	VI. 19
7. Otras ideas no tradicionales.....	VI. 20
III. <i>El Ombudsman.....</i>	VI. 23
1. Necesidad de su creación por insuficiencia de los controles existentes.....	VI. 23
2. Funciones y atribuciones.....	VI. 25
3. Comisionado parlamentario o ejecutivo.....	VI. 27
4. El Ministerio Público y las Contralorías o Fiscalías como Ombudsman. Insuficiencia.....	VI. 28
5. Estabilidad relativa.....	VI. 30
6. Órgano de crítica oportuna, no de investigación histórica.....	VI. 30
7. Hombre o ratón. Cazador de leones o de moscas.....	VI. 31
8. ¿Defensor o acusador?.....	VI. 33
IV. <i>Los llamados derechos económicos, sociales y culturales.....</i>	VI. 33
1. Introducción.....	VI. 33
2. Los así llamados "derechos" "de nueva generación".....	VI. 34
3. Desarrollo progresivo.....	VI. 35
4. Desarrollo en la medida de los recursos disponibles.....	VI. 35
5. ¿Desarrollo sin recursos disponibles?.....	VI. 36

6. Los derechos económicos, sociales y culturales mentados en el artículo 26 no son derechos stricto sensu..... VI.36
7. El error de considerar programática cualquier norma... VI.37
8. El error de no ver la realidad, cegado por la emotividad de un “derecho a la cultura”..... VI.37
9. Varios errores posibles a evitar..... VI.37
10. El error de desconocer qué filosofía jurídica está aplicando en la interpretación de una norma, por emplear prejuicios de valor..... VI.38
11. La necesidad de tener muy bien estudiados los hechos y muy en claro la metodología y la filosofía jurídica a emplear..... VI.38

Anexo al capítulo VI

El caso del cine Callao

- I. *Los hechos: su percepción, prueba y valor*..... VI.40
 1. Enumeración y clasificación de las distintas cuestiones de hecho..... VI.40
 2. El arte o la cultura. Los artistas..... VI.41
 3. Las salas teatrales aptas al efecto..... VI.41
 4. El público..... VI.42
 5. Las salas cinematográficas..... VI.42
 6. Aspectos probatorios comunes..... VI.43
- II. *El análisis constitucional de razonamiento*..... VI.43

Capítulo VII

EL DEFICIENTE ACCESO A LA JUSTICIA Y PRIVACIÓN DE JUSTICIA COMO VIOLACIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

- I. *La insuficiencia y sus remedios parciales*..... VII.1
 1. Introducción..... VII.1
 2. La lucha de la justicia contra el poder..... VII.2
 3. El recargo endémico de trabajo. Resolver en contra por cuestiones formales, o entrar al fondo de la cuestión..... VII.3
 4. El remedio heroico de la delegación de justicia..... VII.4
 5. Las presiones externas y la existencia de un Poder Judicial independiente..... VII.5
 6. El número de causas entradas y salidas cada año..... VII.6

7. El efecto acumulativo y circular.....	VII.9
8. Algunas categorías teóricas de posibles justiciables sin justicia.....	VII.10
9. Algunos que acceden.....	VII.10
10. El mito del acceso a la justicia, la realidad de su cons- tante privación.....	VII.11
11. ¿Existen soluciones?.....	VII.12
12. La justicia pública no estatal a cargo de los Colegios Profesionales.....	VII.12
13. Apreciación general.....	VII.14
II. <i>Los tribunales administrativos como complemento o pa- liativo ante la privación de justicia</i>	VII.15
1. Introducción. ¿Opción excluyente?.....	VII.15
2. Imparcialidad e independencia.....	VII.18
3. Algunas limitaciones comunes.....	VII.19
3.1. Lentitud.....	VII.19
3.2. Eficacia.....	VII.20
3.3. Reparación.....	VII.20
3.4. Influencias subjetivas y objetivas.....	VII.21
4. Prerrogativas y limitaciones.....	VII.22
5. Potestades teóricas y prácticas.....	VII.23
5.1. La reforma o sustitución del acto.....	VII.23
5.2. El control de mérito o conveniencia.....	VII.25
5.3. La posibilidad de aconsejar.....	VII.26
6. El rol del tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales.....	VII.27
7. La repercusión periodística de sus pronunciamientos. La publicidad.....	VII.29
8. El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional.....	VII.31
9. La discreción política de control jurisdiccional.....	VII.33
10. El costo.....	VII.33
11. La asertividad del pronunciamiento.....	VII.35
12. La posibilidad de avenimiento.....	VII.36
13. El control de la administración pública en América Latina: la acusación circular en el desarrollo cultural y político.....	VII.37
14. Conclusiones tentativas.....	VII.39

Anexos al capítulo VII

Caso <i>Zimmermann y Steiner</i>	VII.41
<i>Sentencia</i>	VII.41
<i>Procedimiento</i>	VII.41
<i>Hechos</i>	VII.43
a) Procedimiento ante la Comisión federal de Valoraciones.....	VII.43
b) Procedimiento ante el Tribunal federal.....	VII.44
c) El exceso de trabajo del Tribunal federal y las medidas tomadas para afrontarlo.....	VII.45
<i>Procedimiento ante la comisión</i>	VII.48
<i>Conclusiones presentadas al tribunal por el gobierno</i>	VII.48
<i>Fundamentos de derecho</i>	VII.48
I. Sobre la violación alegada del artículo 6.1.....	VII.48
1. Complejidad del asunto.....	VII.49
2. La conducta de los demandantes.....	VII.50
3. La conducta de las Autoridades suizas.....	VII.50
II. Sobre la aplicación del artículo 50.....	VII.52
1. Perjuicio moral.....	VII.53
2. Costas y gastos.....	VII.53
En virtud de estos fundamentos, el Tribunal, por unanimi- dad,.....	VII.54

*Capítulo VIII**FILOSOFÍAS Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN*

I. Caso "E., F. E.".....	VIII. 1
I.—Hechos del caso.....	VIII. 9
II.—La norma analizada de la Convención.....	VIII. 9
III.—Los juicios de valor empleados.....	VIII. 9
IV.—Lenguaje utilizado.....	VIII. 10
V.—Juicios de valor contenidos en las normas.....	VIII. 11
VI.—Criterios de interpretación.....	VIII. 11
VII.—Justicia de la solución del caso.....	VIII. 13
VIII.—La interpretación según la Convención de Viena..	VIII. 13
IX.—Normas de la Convención omitidas en el análisis del Procurador y de la Corte.....	VIII. 14
IX. 1. La cláusula principalmente omitida.....	VIII. 14
IX.2. Medidas de derecho interno de otro carácter.....	VIII. 14
IX.3. Derechos del niño.....	VIII. 16

X.—Otras soluciones al caso E., F.E. según los votos de Fuller.....	VIII. 16
II.—Ponzetti de Balbín Indalia c/Edit. Atlántida S.A. Por <i>Adelina Loiano</i>	VIII. 16
1. Hechos del caso.....	VIII. 17
2. Las normas.....	VIII. 17
3. Los valores.....	VIII. 17

Capítulo IX

LOS AMPAROS DE LOS ARTS. 43 Y 75 INC. 22 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Antes, ahora, después.....	IX. 1
2. Las normas supranacionales.....	IX. 3
2.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.....	IX. 3
2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	IX. 3
2.3. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	IX. 4
2.4. Pacto Internacional de Derechos Culturales, Civiles y Políticos.....	IX. 5
2.5. Resumen comparativo.....	IX. 5
2.5.1. Los textos.....	IX. 5
2.6. Primeras conclusiones.....	IX. 6
3. Conflicto o complementariedad entre los arts. 43 y 75 inc. 22.....	IX. 6
3.1. Jerarquía o armonía.....	IX. 6
3.2. Comparación del art. 43 y las normas supranacionales.....	IX. 7
4. Diferencias entre el 43 y el 75 inc. 2.....	IX. 7
4.1. Mayor restricción del primer párrafo del art. 43.....	IX. 7
4.2. Mayor amplitud del 43.....	IX. 8
4.3. Los dos amparos del art. 43 y el amparo del art. 75 inc. 22.....	IX. 8
4.4. El procedimiento.....	IX. 10
4.5. La Convención Constituyente.....	IX. 11
4.6. El derecho comparado.....	IX. 12
5. Similitudes.....	IX. 12
6. Primera alternativa: los derechos supranacionales no son operativos.....	IX. 14
7. Segunda alternativa: dos vías diferentes.....	IX. 17

7.1. Vías paralelas.....	IX. 17
7.2. La acumulación de amparos.....	IX. 18
7.3. Hacia una interpretación unificadora.....	IX. 19
8. Tercera alternativa: el amparo es la primera vía más idónea.....	IX. 19
8.1. Es más idónea siempre.....	IX. 19
8.2. Es más breve, sencilla y efectiva antes que, no en lugar de, la vía ordinaria.....	IX. 20
8.3. La secuencia amparo - juicio ordinario.....	IX. 22
8.4. La competencia <i>ratione loci</i>	IX. 22
9. Conjetura, réplicas, refutación.....	IX. 23
9.1. Abroga la parte dogmática de la Constitución.....	IX. 23
9.2. La interpretación auténtica de la Constitución es otra.....	IX. 24
9.3. La doctrina lo considera excepcional (y “residual” o “heroico”).....	IX. 27
9.4. Los tribunales se abarrotarían de juicios.....	IX. 28
9.5. No tiene procedimiento. Crea inseguridad jurídica. La ley lo limitará. Hay que reformar el sistema.....	IX. 29
9.6. Importaría la desprotección de quienes ven lesionados sus derechos.....	IX. 30
9.7. Se desnaturalizaría el amparo.....	IX. 31
9.8. Lleva al “gobierno de los jueces”.....	IX. 33
9.9. Dejaría abierta la vía supranacional.....	IX. 33
9.10. Elimina el privilegio del procedimiento administrativo previo.....	IX. 33
10. Un día en la justicia.....	IX. 34

Capítulo X

ALGUNAS CUESTIONES VINCULADAS CON LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Por Guillermo A. Gordo

I. Introducción.....	X. 1
II. Importancia de las declaraciones escritas en materia de derechos humanos.....	X. 9
III. Operatividad y programaticidad de las normas.....	X. 11
IV. Los sujetos de los derechos humanos.....	X. 15
V. Quienes deben interpretar.....	X. 17

*Capítulo XI**GUÍAS DE LECTURA**Por Adelina Loiano*

1. Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.....XI. 1
2. Interpretación Constitucional en Materia de Derechos Humanos..... XI. 4
3. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos..... XI.5
 - 3.1. Medios de Protección en la Convención Americana de Derechos Humanos.....XI.5
 - 3.2. Características distintivas del proceso transnacional a través de los fallos y opiniones consultivas dictados por la Corte Interamericana de Derechos humanos...XI.9