



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrchd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Chile

Otárola Espinoza, Yasna

El respeto a los derechos fundamentales reconocidos en Tratados Internacionales. "Los niños de la calle"

Revista Chilena de Derecho, vol. 33, núm. 2, 2006, pp. 385-397

Pontificia Universidad Católica de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014513009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. “LOS NIÑOS DE LA CALLE”

*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (2001):  
Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de mayo de  
2001 (Indemnización de perjuicios)

Yasna Otárola Espinoza\*

**RESUMEN:** Un fallo de fecha 26 de mayo del año 2001, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó al Estado de Guatemala a reparar el daño material y moral sufrido por un grupo de niños, por parte de agentes de policía, como por el Estado mismo, al violar sus derechos a través de graves maltratos, torturas y la pérdida de sus vidas.

El comentario siguiente aborda el tema de los “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*), desde tres aspectos: Primero, desde la consideración de la persona, como sujeto de Derecho Internacional, titular de derechos y víctima. Segundo, a partir del principio de reparación integral de los daños ocasionados a las víctimas y, por último, desde la diferencia derecho-garantía como sistema de protección que permite hacer realidad el deber del Estado de Guatemala de respetar y promover los derechos fundamentales garantizados por los tratados internacionales; tópico fundamental desde el momento que la convención que este suscribe, lo compromete a “*adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2°).

**Palabras clave:** respeto, derechos fundamentales, niños de la calle

**ABSTRACT:** A decision dated May 26th, 2001 from the Inter-American Human Rights Court condemned Guatemala to make reparation for damages caused at both the pecuniary and the non-pecuniary level to a group of children by policemen and by the State itself, at violating their rights through severe harsh treatments and loss of their lives. This decision is particularly important since Chile has recently been condemned in a human rights case for a denial of justice. This decision also compels us to solve the question of how it is possible to make the respect of such rights come true, since they are recognized in international treaties, and how to comply with International Law.

The following commentary focuses on the “street children” topic from three points of view: from the person as a subject of the International Law; from the principle of full restitution of the damages; and, finally, from the difference between a right and a guarantee as a system of protection that allows the enforcement of the duty of Guatemala to protect fundamental rights, which are guaranteed by international treaties. This is a critical topic if we consider that this State has subscribed the Convention, whose article 2 established that all States Parties undertake “*to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of the Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights and freedoms*”.

**Key words:** respect, fundamental rights, street kids

\* Doctorando en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

## 1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El caso de los “Niños de la calle” fue sometido a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión, mediante demanda de 30 de enero de 1997 el cual se origina por medio de una denuncia en contra del Estado de Guatemala por violación de la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente se le atribuye la comisión de los siguientes hechos: i) privar de libertad, someter a torturas y tratos crueles inhumanos y degradantes a los jóvenes Henry Giovanni C., Federico Figueroa T., Julio Roberto Caal S. y Jovito Juárez C., y consecuentemente privar de la vida a estos y al niño Anstraun Villagrán M. (artículos 7.4, 5.1 y 5.2 en relación al artículo 1.1 de la Convención<sup>1</sup>); ii) transgredir el artículo 5.2 en conexión con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de las ascendientes de dichos jóvenes; iii) violar el artículo 19 de la Convención<sup>2</sup>, en perjuicio de niños menores; iv) irrespetar el artículo 8.1 y 25 de la Convención<sup>3</sup>, sobre garantías judiciales, respecto de las personas ya individualizadas y sus familiares inmediatos; v) infringir los artículos 1, 6 y 8 de la Convención para prevenir y sancionar la tortura; y por último incumplir el artículo 1.1 de la Convención en lo relativo al deber de investigar, pues el Estado debió haber realizado una investigación real y efectiva para determinar los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

## 2. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL

### 2.1. OBLIGACIÓN DE REPARAR

En torno a la obligación de reparar, la Corte reflexiona sobre la reparación y declara que esta comprende el daño material, moral y otras formas de reparación e indica que:

a) Cuando haya violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención, no solo ordenará que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad violados, sino también que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

b) Es un principio de derecho internacional que “*toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*” (Villagrán Morales y otros v/s Guatemala, 2001, p. 428).

<sup>1</sup> El artículo 7.4 de la Convención Americana de Derechos humanos prescribe que: “*Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella*”; el artículo 5.1 señala que: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”; y finalmente, el artículo 5.2 señala que: “*Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)*”.

<sup>2</sup> Artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

<sup>3</sup> El artículo 8.1 de la Convención señala que: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, (...)*” Y el artículo 25 dispone que: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, (...)*”.

c) La reparación del daño requiere de plena restitución, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, el Tribunal debe determinar una serie de medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias mediante una indemnización<sup>4</sup>.

d) El deber de reparar no puede ser modificado o incumplido por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno.

f) Las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento, como tampoco empobrecimiento para la víctima o sucesores.

g) Las reparaciones deben ser coherentes con las violaciones determinadas en la sentencia de fondo de fecha 19 de noviembre de 1999.

## 2.2. REPARACIONES

### 2.2.1. Daño material

La Corte considera la pérdida de ingresos y respecto de los gastos estima necesario ordenar en equidad las siguientes compensaciones: gastos de búsqueda; de tratamiento médico y de medicina para solventar los padecimientos de salud de los familiares, que tendrían su origen o se habrían agravado como consecuencia de los hechos del caso y servicios funerarios.

### 2.2.2. Daño moral

La Corte estima que los daños morales no pueden ser determinados pecuniariamente; por lo tanto, solo pueden ser objeto de compensación mediante una suma de dinero o la entrega de bienes y servicios apreciables en dinero y por medio de actos u obras de alcance o repercusión pública, que tengan efectos como el restablecimiento de su dignidad.

En particular, para la fijación de su monto la Corte consideró los siguientes hechos:

i) que “fueron retenidos clandestinamente en forma forzada, aislados del mundo exterior, y que fueron objeto de un trato agresivo en extremo, que incluyó graves maltratos y torturas antes de sufrir la muerte; ii) que algunos “eran menores de edad y en consecuencia eran vulnerables y debían ser objeto de una especial protección del Estado” (Villagrán Morales y otros v/s Guatemala, 2001, p. 454), y en cuanto a los familiares que sufrieron daños morales de dos tipos: “En primer lugar, por haber sido afectadas por las desapariciones, tortura y muertes de sus hijos y nieto, y en segundo por haber sido ellas mismas objeto de violación de los artículos 5.2, 8.1 y 25 de la Convención, conforme a lo establecido en la sentencia”... (Villagrán Morales y otros v/s Guatemala, 2001, p. 455).

### 2.2.3. Otras formas de reparación

La Corte declara que el Estado de Guatemala debe implementar en su derecho interno “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean neces-

<sup>4</sup> Villagrán Morales y otros v/s Guatemala (2001) p. 429.

*rias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados" (Villagrán Morales y otros v/s Guatemala, 2001, p. 459).*

Luego, Guatemala debe realizar una investigación efectiva para identificar a los autores de las violaciones de los derechos humanos y sancionarlos, por cuanto el Estado que deja impune las violaciones incumple el deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción<sup>5</sup>; trasladar los restos mortales de una de las víctimas al lugar de elección de sus familiares, sin costo para ellos, y designar un centro educativo con un nombre alusivo a los jóvenes, para despertar la conciencia y evitar la ocurrencia de hechos como los acaecidos<sup>6</sup>.

### 3. LA PERSONA SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE VÍCTIMA

El ejercicio de la facultad de recurrir a la justicia que han realizado las víctimas, para enfrentar al Estado de Guatemala en una instancia internacional, pone de manifiesto la fuerza de estas como sujetos de Derecho Internacional, no solo legitimados activamente para actuar durante todo el proceso, mediante la rendición de pruebas, alegaciones, etc., sino también por medio de la posibilidad de que ellos mismos sean considerados víctimas, en virtud de la extensión de dicha consideración.

En cuanto a la primero la Corte estimó que: "*La falta de diligencia para establecer la identidad de las víctimas y dar aviso a sus familiares inmediatos, para que estos pudieran brindarles una sepultura acorde con sus..., intensificó el sufrimiento padecido por los familiares. Asimismo, consideró que la violencia extrema ejercida sobre las víctimas por agentes estatales, así como su posterior abandono en un paraje deshabitado, constituyó para los familiares un trato cruel e inhumano*"<sup>7</sup>. Y en segundo lugar, la circunstancia de haber negado a estos la protección judicial, el ejercicio de garantías judiciales, los hace merecer la consideración de víctima.

Tal miramiento, en este caso, no está referido a la víctima directa, esto es, al sujeto que sufre la infracción cometida, por la conducta comisiva u omitiva de los agentes del Estado, sino que destinada a las personas que han resentido el daño en sus bienes o derechos, es decir, los familiares de los seis niños de la calle.

De lo que se colige que no solo la Corte otorga a las víctimas indirectas una presencia insospechada en la jurisdicción internacional sobre Derechos Humanos, como titulares de derechos sustantivos y sujetos de reparación, al reconocer expresamente el daño provocado por la violación de sus derechos por el Estado de Guatemala y declarar su indemnización, sino también una extensión al concepto de víctima directa, al considerar los familiares como tales.

<sup>5</sup> Villagrán Morales y otros v/s Guatemala (2001) p. 460.

<sup>6</sup> Villagrán Morales y otros v/s Guatemala (2001) p. 461.

<sup>7</sup> VENTURA (2000-2001) p. 19.

Luego, respecto al protagonismo de las víctimas, conviene recordar que el caso en análisis es un ejemplo de la aplicación de los cambios procesales ocurridos ante la Corte Interamericana. En este sentido, si bien los familiares permanecen subordinados a la Comisión en el ejercicio de la acción, disfrutan de una participación autónoma en todas las etapas del proceso ante el Tribunal: pueden perseguir pretensiones diversas a la de la Comisión; alegar directamente por medio de sus representantes y con argumentos diferentes; es más, pueden presentar pruebas distintas, cuestión que revela la existencia de un amplísimo régimen de participación en el proceso ante la Corte, además de conferir una mayor presencia en el procedimiento, mediante el ejercicio de los derechos procesales y, en consecuencia, un mayor acceso y participación de las víctimas en la justicia internacional<sup>8</sup>.

#### 4. REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DAÑOS

Respecto a la reparación integral, resulta interesante recordar las consideraciones de la Corte y las sanciones aplicadas. En torno a lo primero, el Tribunal concibe expresamente la reparación de los efectos de la violación de los derechos y el pago de una justa indemnización. Sienta el principio de reparar, al indicar que la transgresión de los derechos que produzca daño, debe ser reparado. Agrega que de no ser posible la plena restitución, el Tribunal debe determinar una serie de medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias mediante una indemnización. Por último, señala que el Estado obligado no puede alegar razones de derecho interno para eludir su responsabilidad; que la reparación no puede ser causa de enriquecimiento o empobrecimiento para la víctima o sucesores y que las reparaciones deben ser acorde a los hechos de la infracción.

En relación a las sanciones, determina el pago de sumas dinerarias por concepto de daño moral, material, costas y también que se adopten las medidas necesarias para ajustar la normativa de Guatemala a la protección de los derechos del niño, y prevenir que ocurran hechos como los acaecidos. Luego declara que debe realizar una investigación efectiva para identificar a los autores de las violaciones de los derechos humanos, y sancionarlos. Finalmente ordena que el Estado debe designar un centro educativo con un nombre alusivo a los jóvenes.

A partir de ello se advierte que la compensación adquiere el carácter de integral, puesto que envuelve cuatro especies de reparación<sup>9</sup>: i) Reparación preventiva, al ordenar una revisión legislativa en torno a la protección y respeto de los derechos de los niños, lo que desde nuestro punto de vista implica un escrutinio positivo, esto es, dictar normas, y también negativo de suprimir disposiciones que contravienen la Convención, que persiguen —ciertamente— evitar la reiteración del agravio; ii) reparación compensatoria, al determinar el pago de sumas de dinero por concepto de daño material, moral y costas, que no son equivalentes al perjuicio, pero si ajustadas al mismo; y iii) reparación honorífica, al crear un centro educativo con el nombre de los jóvenes.

<sup>8</sup> CACADO (2000) p. 251.

<sup>9</sup> GARCÍA (2004) p. 20.

De allí que concluimos, por una parte, que el principio orientador de la indemnización otorgada es la reparación integral del daño, en el sentido que ella debe remediar todo el daño. Debe ser justa, razonable y apropiada al daño generado, puesto que no es posible volver atrás. Y por otra, que la idea de reparación es parte de la tendencia actual de hacer del derecho internacional de los derechos humanos el protector de la persona, como el valor fundamental que ha de proteger el Derecho, y por lo mismo, el Derecho Internacional.

## 5. EL DEBER DE RESPETAR

El Estado de Guatemala ha sido condenado por la Corte a raíz de la violación de los derechos de libertad y justicia, pero en particular, ha sido inculcado por no dar protección y seguridad a cinco niños y negarles la oportunidad de desarrollar su personalidad y vivir con dignidad.

Para corregir aquello, la Corte ha ordenado adecuar su legislación vigente a los derechos del niño, omitiendo señalar la forma específica para ello.

De ahí, que nos asalta la interrogante de ¿sí es suficiente esta medida para garantizar un derecho social o de prestación, como es la protección de los niños de la calle? ¿Cuál es la vía indicada para hacer realidad el deber de respeto de los Derechos Fundamentales, por parte del Estado? Consideramos que el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño es una guía y orientación para el ejercicio de las funciones estatales (pese a que no exista legislación que las desarrolle), y como tal, impone a los órganos del Estado de Guatemala limitaciones concretas en el ejercicio de sus competencias, en el sentido de que las potestades legales de la Administración deben ser coherentes y compatibles con las pautas o deberes emanados de la disposición. Sin embargo, ello no significa otorgar a los individuos, internamente, el poder jurídico de solicitar *—ex ante—* de los órganos del Estado el cumplimiento de ciertos deberes de abstención y conductas positivas de prestación, en otras palabras, el Derecho no atribuye el poder o voluntad para requerir el cumplimiento de dicha disposición antes de su violación.

Desde nuestro punto de vista, la obligación de respetar exige al Estado no transgredir los derechos y la obligación de promover demanda o iniciar las acciones, para que todas las personas estén en condiciones de ejercer y gozar los Derechos, lo que implica el deber 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 que se asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos. Por lo tanto, no se trata de una abstención solamente, sino de emprender acciones positivas para posibilitar que los niños de la calle puedan ejercer y gozar sus derechos.

De esta forma, la primera obligación de Guatemala es asegurarse que las normas de los tratados internacionales operen dentro de su jurisdicción y para ello debe incorporar dichas normas o dictar las que sean necesarias. Además, establecer los recursos adecuados y eficaces, para que los individuos (*ex post*) puedan reclamar de la violación de los Derechos consagrados en ellas.



Debe fundar las condiciones necesarias para que los Derechos puedan ejercerse. Ello involucra la necesidad de remover obstáculos, ya sea que provengan de las normas internas como de la estructura y cultura social.

Así, la obligación de respetar y promover es muy amplia, y va desde deberes negativos que limitan las intervenciones de los órganos públicos, hasta obligaciones positivas que equivalen a una legitimación sustancial, que condiciona la actuación de los mismos y expresa el fin hacia el cual debe estar orientado el Estado de Derecho de Guatemala.

Hacer realidad el deber de respeto y garantía de los Derechos por parte del Estado de Guatemala, precisa adoptar una concepción y función de los Derechos Fundamentales distinta a la de derechos de defensa frente a la autoridad, esto es, como derechos subjetivos públicos que configuran una autoobligación de los órganos del Estado frente al individuo, y concebir claramente la diferencia que existe entre los derechos y las garantías<sup>10</sup> establecidas para la protección de los primeros, y por lo tanto, desviada totalmente de la idea de que un derecho no garantizado no sería un verdadero Derecho<sup>11</sup>.

De acuerdo a ello, el deber de respeto y promoción de los derechos consagrados en la Convención, en particular, los derechos del niño, puede ser objeto de dos enfoques: podemos verlo como la relación derechos subjetivo-garantía, en donde el individuo es poseedor de un derecho subjetivo, que le permite el recurso a las potestades de ejecución pública, contra aquel que contraviene los deberes emanados de la norma, de manera de poder realizarla y hacerla eficaz.

Desenlace que plantea la interrogante si este solo instrumento es suficiente para que los órganos desempeñen una actividad estatal positiva y respetuosa de los Derechos Fundamentales consagrados en los tratados internacionales, y en particular, de los derechos de prestación que implican una determinada actividad por parte del Estado para su satisfacción.

<sup>10</sup> Respecto al concepto de garantías es posible encontrar diversos significados, entre los que se encuentran los siguientes: i) “Las garantías abarcan la totalidad de instituciones, públicas y privadas, sean políticas, jurídicas y sociales o económicas,...; ii) “las garantías se refieren a los resguardos institucionales, principalmente políticos y jurídicos, con que la democracia en el Estado de derecho aspira a la legitimidad de origen y ejercicio de los gobernantes”...; iii) “las garantías se refieren a conceptos y procesos jurídicos, comprendiendo el acceso, simple y directo, a los órganos que ejercen jurisdicción,”... CEA (2003) pp. 34-35. Diferente es la visión que sobre las garantías posee Peña Freire, quien sostiene que “las garantías son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos,”... PEÑA (1997) p. 28.

<sup>11</sup> Visión que, según Zúñiga, es la que advierte Jellinek, en el sentido de que “la validez o positividad del Derecho necesita ser garantizada de algún modo, esto es, se precisa que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas, dirigidas a la voluntad humana en acciones concretas”. ZÚÑIGA (2002) p. 188. En sentido similar, De Cabo y Pisarello dicen que: “Para una teoría descriptiva como la de Kelsen, o como la que, en el debate, mantiene Ricardo Guastini, la inexistencia empírica de la garantía de un derecho acarrearía la inexistencia de este último, y por tanto, su reducción a simple mandato programático”. Cfr. con la tesis de Ferrajoli que plantea: *La ausencia de garantías no solo no afecta, desde el punto de vista descriptivo, al estatuto jurídico de un derecho subjetivo, sino que además comporta, desde el punto de vista normativo, una verdadera laguna que, en consecuencia, es menester denunciar o integrar*. FERRAJOLI (2001) pp. 12-13.



Consideramos que no es bastante, puesto que los derechos subjetivos consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión), atribuidas a un sujeto por una norma jurídica<sup>12</sup>, y por consiguiente una aparente garantía individual, reaccional, negativa y procesal solo útil para los derechos individuales o de libertad<sup>13</sup>, mas insuficientes para cumplir con el deber de promoción de los Derechos Fundamentales, los cuales exigen mucho más que una habilitación procesal; en definitiva, distinto de los deberes de respeto y promoción que constituyen las garantías, ya sean estas las obligaciones o prohibiciones (garantías primarias), o bien la obligación de aplicar sanción o declarar la nulidad (garantía secundaria).

O podemos verlo como lo que es: el establecimiento de la función de todos los órganos del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de libertad y a la efectividad de los sociales<sup>14</sup>.

Visto así, los Derechos Fundamentales consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)<sup>15</sup>, sin atribuir, por ello, un derecho subjetivo. Por lo tanto, la vinculación impuesta es solo sobre los órganos públicos, lo que significa que los Derechos que deben respetar y promover solo pueden ser invocados en el control de las normas (recursos o cuestiones de inconstitucionalidad) o en la resolución de controversias de competencia. Pero bajo ningún concepto utilizados para obligar al Estado a cumplir con su deber. Idea que expresa –quizás– que podríamos estar ante la presencia de una norma programática, en el sentido que señala o impone objetivos a los órganos del Estado y ciertamente al Poder Legislativo<sup>16</sup>. Y ante la dificultad de determinar si es posible evaluar el respeto de la disposición, es decir, su cumplimiento y eficacia.

En torno a esta hipótesis, Jiménez Campo diferencia la idea de fin de objetivo y dice que: "*La vinculación... a fines expresa un fundamento –y con ello, un límite– de la legislación, la vinculación a objetivos marca, tan solo, un compromiso o tarea para la acción pública, busca la consecución en el tiempo de un cierto resultado. Las normas que proyectan*

<sup>12</sup> Ferrajoli señala que la naturaleza positiva y nomodinámica del derecho moderno hace necesario distinguir entre "derechos subjetivos que son las expectativas positivas (o de prestación) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y los deberes correspondientes que constituyen las garantías dictadas por normas jurídicas, ya sean estas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquellos, que forman lo que se ha llamado garantías primarias, o bien las obligaciones de segundo grado, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de la violación de las primeras, que forman lo que he llamado las garantías secundarias" FERRAJOLI (1997) p. 59

<sup>13</sup> "El motivo se encuentra en la adecuación entre la estructura del derecho subjetivo, como garantía negativa, y los presupuestos de la realización y la vulneración de los derechos de defensa. Estos delimitan un ámbito de autonomía que ha de permanecer inmune a las injerencias de terceros. Dicho ámbito es fácilmente delimitable y también, por lo tanto, normativamente delimitable como objeto de un derecho subjetivo. También son determinables los presupuestos de su vulneración y, en consecuencia, los que permiten la accionabilidad del derecho". FERRAJOLI (1997) p. 157.

<sup>14</sup> DURÁN (2003) pp. 283-284.

<sup>15</sup> Ferrajoli llama "garantías primarias a las obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de derecho, es decir, las violaciones de sus garantías primarias no están normativamente establecidas". FERRAJOLI (1997) p. 43

<sup>16</sup> JIMÉNEZ (1999) p. 129.

*tales tareas no permiten un enjuiciamiento de su grado de cumplimiento legislativo. Ante todo porque lo enjuiciado serían, los resultados o efectos de una ley concreta, no sus determinaciones singulares, y tal anticipación o pronóstico fáctico, queda, en mi criterio, fuera del dominio de la razón jurídica. En segundo lugar, porque los objetivos constitucionales han de ir alcanzándose a través de políticas en las que se inscriben las concretas determinaciones normativas, y las políticas no son susceptibles, como tales, de control jurídico. Y, por último, porque las diferentes normas programáticas, en tanto expresan requerimientos heterogéneos, deben ser objeto de una ponderación o ajuste de carácter político, labor a que debe ser ajena la jurisdicción"* (Jiménez, 1999, p. 130).

Desde esta perspectiva, la obligación de proteger a los niños no impondría un deber jurídico, sino que arrogaría competencias y potestades, dado que confiere a los órganos del Estado capacidad de intervenir en ámbitos sociales y de libertad y de "introducir en ellos, para el cumplimiento de los objetivos, excepciones o limitaciones cuya legitimidad, de otro modo, podría ser objeto de controversia"<sup>17</sup>.

Un mirada diversa es aquella que confiere a los Derechos Fundamentales, reconocidos en los tratados internacionales, un carácter jurídico objetivo<sup>18</sup> y, por ende, entiende que el enunciado normativo impone el deber concreto de reconocer normativamente tales derechos, así como las garantías constituidas por las obligaciones y las prohibiciones respectivas, las cuales existen si están positivamente establecidas.

De acuerdo a ello, el artículo 19 de la Convención supone contar con técnicas de invalidación o de anulación de los actos que vulneran los derechos de libertad, y de técnicas de coerción y/o sanción, contra la omisión de medidas tendientes a tutelar los derechos sociales. Y ciertamente, la obligación del juez de criticar las leyes inválidas a través de su reinterpretación, en sentido constitucional y denunciar la inconstitucionalidad. Son las denominadas garantías primarias, cuando se refiere a obligaciones y prohibiciones, y garantías secundarias, cuando se trata de reparar y sancionar judicialmente las lesiones de los derechos. Pero ocurre que estas muchas veces no solo son violadas, sino que tampoco se encuentran normativamente establecidas.

En definitiva, es muy probable que en el ordenamiento jurídico positivo de Guatemala hallemos por una parte "lagunas primarias, por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las garantías primarias, y lagunas secundarias, por el defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las garantías secundarias, y por otra antinomias, o sea contradicciones entre normas, más allá de la existencia de criterios para su solución"...<sup>19</sup>. Pero es suficiente razón, acaso, la falta de estipulación expresa para negar la existencia de las garantías primarias ante la ausencia de las garantías secundarias. Evidentemente que no, puesto que en virtud del principio de legalidad, habrá por lo menos garantías primarias para proteger los derechos<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> ALDUNATE (2006) p. 5.

<sup>18</sup> GALLEGU (1994) p. 39.

<sup>19</sup> FERRAJOLI (1997) p. 61.

<sup>20</sup> FERRAJOLI (2001) p.26

En conclusión, consideramos que el artículo 19 impone el compromiso que se concreta y desdobra formalmente en la obligación de establecer normativamente garantías, cuando ellas no existan, y sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos las violaciones de Derechos cometidas por los órganos del Estado en contra de las personas.

### 5.1. EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS DE LA CALLE

La estructura del deber de protección de los niños de la calle viene determinada por el deber de realizar actos positivos que determinan la efectividad del mismos. De este modo, la acción pública se hace indispensable<sup>21</sup>. Y es a propósito de ello que los derechos subjetivos son insuficientes para asegurar su garantía, debido a que no es posible “*delimitar ni precisar normativamente las facultades inherentes al derecho –además de ir referido a obligaciones de un sujeto distinto al titular– como tampoco es posible enumerar los presupuestos de la vulneración*”<sup>22</sup>. Por lo tanto, basta cualquier acto del Estado incumplidor para realizar el derecho; únicamente la omisión de todos los actos puede considerarse como una verdadera vulneración.

En conclusión, para la posición que cree que el camino es la existencia de un derecho subjetivo, el problema radica en que la garantía de estos derechos depende de las posibilidades de requerir su observancia, cuyo contenido es abierto y queda sujeto a la discrecionalidad del poder público ejecutante<sup>23</sup>. La efectividad podrá ser aplazada a través de argumentos fundados en condiciones de oportunidad para su cumplimiento.

En cambio, para la tesis opuesta, esto es, aquella que considera que la forma de hacer realidad el deber de respeto es a través de la distinción derecho-garantía, la existencia o no de garantías (primarias o secundarias) no depende de la estipulación expresa de las mismas. O es que, acaso, “*en ausencia del derecho penal no existiría, cuando menos en virtud del principio de legalidad penal, garantía primaria de ninguno de los derechos tutelados por él*”<sup>24</sup>. De esta forma, lo que corresponde es negar la existencia de garantías y no de los derechos.

Otra cosa es si las garantías de los derechos sociales o de prestación se han realizado en concreto. Según Ferrajoli, es necesario “*distinguir entre las posibilidades de realización técnica y las posibilidades de realización política. En el primer plano nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos,*

<sup>21</sup> “*Los derechos sociales o derechos de prestación se realizan solo mediante la declaración y ejecución de determinados deberes públicos de hacer y quedan absolutamente inefectivos y vulnerados si no se realiza ningún acto público específico*”. PEÑA FREIRE (1997) p. 156.

<sup>22</sup> PEÑA FREIRE (1997) p. 157.

<sup>23</sup> Según FERRAJOLI: “El reconocimiento de las lagunas generadas por los incumplimientos de obligaciones positivas constitucionalmente impuestas al legislador indica, generalmente, no solo una falta de normas, sino también técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los derechos sociales (...) cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversa y normalmente más complejas”. FERRAJOLI (1997) p. 30.

<sup>24</sup> FERRAJOLI (2001) p. 49.

*porque los actos requeridos para su satisfacción serían inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales*<sup>25</sup>, puesto que bien podrían realizarse a través de prestaciones gratuitas y obligatorias: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, entre otras. Es más, la susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos no es tal, toda vez que por medio de medidas se ha ampliado su protección jurisdiccional. En el segundo aspecto, esto se hace más difícil, dado que la satisfacción de los derechos de prestación es costosa, exige la obtención y distribución de recursos; por lo tanto, lo correcto no es negar la existencia de los derechos sociales, porque no existen garantías, sino reconocer los obstáculos políticos y superarlos.

## CONCLUSIONES

El camino para otorgar realidad al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales está —solo parcialmente— en otorgar a las víctimas indirectas una presencia insospechada en la jurisdicción internacional sobre Derechos Humanos, como titulares de derechos sustantivos que poseen un amplio régimen de participación en el proceso, mediante el ejercicio de los derechos procesales, y por cierto en la reparación, al reconocer expresamente el daño provocado por la violación de sus derechos por el Estado de Guatemala y declarar una indemnización justa, razonable y por sobre todo apropiada al daño generado. Puesto que fundamentalmente se halla en la existencia de garantías, esto es, técnicas de invalidación o de anulación de los actos que vulneran los derechos de libertad. Y de técnicas de coerción y/o sanción, contra la omisión de medidas tendientes a tutelar los derechos sociales, lo que es distinto a que en la práctica existan, y de hacerlo sean eficaces. Por consiguiente, es muy posible que de hecho no exista la obligación o la prohibición ni menos mecanismos de invalidación y anulación, mas no los derechos.

En consecuencia, creemos que el compromiso de los artículos 19 y 2° de la Convención de proteger los derechos se concreta y desdobra formalmente en la obligación de determinar normativamente garantías, cuando ellas no existan, y sancionar como actos ilícitos o anular como actos inválidos las violaciones de Derechos cometidas por los órganos del Estado.

Siguiendo el camino que hemos elegido, consideramos que no es suficiente la asignación expresa de un derecho subjetivo por parte del ordenamiento jurídico para proteger los Derechos, basta la presencia positiva de los mismos y la aplicación del principio de legalidad, pues siempre habrá garantías para su tutela.

Finalmente creemos que ante la omisión de mecanismos de protección, los tribunales y el Poder Legislativo deben colmar las lagunas, salvar las antinomias y reparar lo dañado y, por último, siempre estarán las garantías primarias para su tutela.

<sup>25</sup> FERRAJOLI (2001) pp. 51-52.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE L., Eduardo (2006 a): “Introducción al estudio de los derechos fundamentales” (artículo inédito, elaborado para el curso de doctorado de la Pontificia Universidad Católica) pp. 1-37; (2006 b): “Concepto y función de los derechos fundamentales” (artículo inédito, redactado para el programa de doctorado de la Universidad Católica de Chile) pp. 1-23.
- ALDUNATE L., Eduardo (2003): “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: Juan Carlos FERRADA BOHÓRQUEZ, *La Constitucionalización del Derecho Chileno* (Chile, Editorial Jurídica de Chile) pp. 13-38.
- BADÉNI, Gregorio (1995): *Nuevos derechos y garantías constitucionales* (Buenos Aires, Editorial Ad-hoc) 170 pp.
- BARRANCO AVILÉS, Ana (2000): *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (Madrid, Editorial Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid) 444 pp.
- CANCADO TRINDADE, Antonio (2000): “El acceso directo de los individuos a los tribunales internacionales de derechos humanos”, *XXVII curso de Derecho Internacional* (organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría General de la OEA) pp. 243-283.
- CASTRO, Juventino (2000): *Garantías y amparo* (Undécima edición, México, Editorial Porrúa) 695 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho constitucional chileno* (Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II).
- DURÁN RIBERA, Willman (2003): “Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de derecho”, Woischnik Jan, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (Uruguay, Editorial Konrad) pp. 283-290.
- FERRAJOLI, Luigi (1997): *Derechos y garantías* (Madrid, Trotta) 179 pp.
- FERRAJOLI, Luigi (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid, Editorial Trotta) 19-56 pp.
- GAETE GONZÁLEZ, Eugenio (1996): “Derecho Internacional y derecho de los Estados. Incorporación de los derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXIII N° 2-3, pp. 259-275.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2004): “El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos” [en línea]. Codhem [fecha de consulta 16 de junio de 2006]. Disponible en: [http://www. Jurídicas, unam.mx/publica/libre/ rev./IIDH/cont/pr/pr.31pdf](http://www.Jurídicas.unam.mx/publica/libre/rev./IIDH/cont/pr/pr.31pdf)
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1994): “*Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*” (Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid) 304 pp.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1999): *Derechos fundamentales, concepto y garantías* (Madrid, Editorial Trota) 132 pp.
- LLANOS MANCILLA, Hugo (1990): *Teoría y práctica del Derecho internacional público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Tomo I).

- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio (1997): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de estudios constitucionales, cuadernos y debates jurídicos) 214 pp.
- PEÑA FREIRE, Antonio (1997): *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid Editorial Trotta) 132 pp.
- PEREZ LUÑO, Antonio (2003): *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (Madrid, Editorial Tecnos, 8ª edición) 664 pp.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (1984): *Los Derechos Fundamentales* (Madrid, Edición Tecnos) 233 pp.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia (1996): “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: Cecilia MEDINA QUIROGA y Jorge MERA FIGUEROA, *Sistemas jurídicos y derechos humanos* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, Alfabeta Artes Gráficas).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Cumplido Cereceda, Francisco (2001): *Instituciones políticas y teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, Tomo II).
- VENTURA ROBLES, Manuel (2000-2001). La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente [en línea]: Volumen 32-33 [fecha de consulta: 16 de junio de 2006]. Disponible en: <http://www.Jurídicas.unam.mx/publica/libre/rev/IIDH/cont/pr/pr11.pdf>
- VERDROSS, Alfred (1963): *Derecho internacional público* (Traducc. Antonio Truyol y Serra, Madrid, Editorial Aguilar, Tomo II, 6ª edición) 163 pp.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2002): *Elementos de Jurisdicción constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Central de Chile, Tomo II).

#### NORMAS CITADAS

- Decreto N° 873, Convención Americana sobre derechos humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”. *Diario Oficial*, 5 de enero de 1991.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Justicia, 1 de junio de 2001.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de mayo de 2001 (Indemnización de perjuicios, caso los “Niños de la calle”), en línea [fecha de consulta: 16 de junio de 2006]. Disponible en: <http://www.Scholar.google.com>

