

5. Analizando la legislación para efectos del monitoreo

El monitoreo no puede desarrollarse de una manera profesional a menos que se cuente con un conocimiento amplio de los diversos niveles de reglamentos legales relacionados con nuestro fragmento seleccionado de realidad social. **El análisis de la legislación para los fines del monitoreo empieza desde que desarrollamos nuestro concepto de monitoreo y continúa todo el camino hasta terminar con la escritura del informe.** A menudo, es sólo cuando nuestro estudio ya ha comenzado que nos familiarizarnos con las disposiciones legales inferiores (estatutos institucionales, reglamentos, etc.), por lo que debemos analizar esos documentos conforme vayan apareciendo. Más aún, algunas regulaciones legales podrían cambiar después de que nuestro estudio ya está en marcha (sobre todo en estados que están sufriendo una transformación sistémica). La Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional de nuestro país, etc., podrían adoptar decisiones importantes mientras nosotros ya estamos trabajando en nuestro estudio de monitoreo. Debemos estar atentos a estos cambios para poder reaccionar frente a ellos.

El proceso de analizar la legislación para efectos de un estudio de monitoreo de derechos humanos consiste en:

- **Comparar la normativa de protección de los derechos humanos establecida por la legislación internacional con la norma definida en la ley interna.** Después de identificar la forma como la ley internacional protege los derechos humanos en el campo que estamos monitoreando, debemos verificar si la ley interna es compatible con las disposiciones internacionales que son obligatorias para nuestro Estado. Debemos recordar que la legislación nacional no puede garantizar menos protección que la que garantiza la ley internacional. La legislación interna puede, sin embargo, ser más garantista. Este tipo de análisis constituye una parte de nuestro monitoreo, porque nosotros empezamos nuestro estudio de posibles violaciones de los derechos humanos en un campo seleccionado identificando aquellas disposiciones legales que por sí mismas violan derechos humanos y libertades, o que permiten que tales violaciones sistemáticas puedan tener lugar.

- **Identificar si la ley nacional es internamente coherente y si las leyes inferiores regulan lo que las leyes superiores les permiten.** Después de comparar las normas internacionales con las nacionales, debemos analizar la propia ley interna. Al estudiar la coherencia interna entre los varios niveles de las normativas legales, notamos a menudo que cuanto más bajo el nivel de una norma legal, más tiende a separarse de las normas internacionales de protección de los derechos humanos. Por tanto, debemos investigar si la legislación inferior regula exclusivamente aquellas áreas de la vida de las personas que tiene permitido por la Constitución. También estudiamos la coherencia de las regulaciones inferiores con los estatutos (legislación aprobada por el parlamento); si regulan o no lo que está previsto en los estatutos y si su marco de regulación es más amplio que el permitido por estos.
- **Hacer una descripción detallada de las normas de protección de los derechos humanos en el campo que nos interesa.** La construcción de un concepto preciso de monitoreo requiere un buen conocimiento de las normas legales prevalecientes en el campo que nos interesa. Este conocimiento también será necesario en la planificación de las técnicas de nuestro estudio de monitoreo. Esta norma la fija la legislación internacional (que establece las normas mínimas de protección) y la legislación interna o doméstica (que puede ampliar o desarrollar la norma establecida por la anterior).

5.1. Analizando la legislación: los objetivos

5.1.1. Construir nuestro concepto de monitoreo

El conocimiento de la normativa legal que regula el fragmento escogido de realidad social nos permite escoger conscientemente la meta operativa o el tipo de acción por desarrollar, *identificar nuestra tarea de investigación y, finalmente, planear de manera precisa las fases específicas de nuestro estudio de monitoreo*. Este conocimiento es esencial para formular nuestros temas de investigación y para formular nuestras preguntas de investigación de una manera profesional. Nuestra táctica para dirigir la investigación y las técnicas que escogamos para la recopilación de la información dependen, también, de lo que la ley permite en el campo dado y de lo que prohíbe.

5.1.2. Preparar y dirigir los estudios de monitoreo

Al construir nuestro concepto para el monitoreo de instituciones de custodia (así como para otras instituciones de importancia para los derechos humanos), debemos **familiarizarnos con las regulaciones internas que se aplican en ese tipo de institución y establecer qué tipo de documentación deben guardar para los propósitos internos y externos** (como la obligación de preparar informes, especificaciones, bitácoras, etc.) El tipo de documentación que guardan obligatoriamente las instituciones es determinado por las regulaciones legales respectivas. Por ejemplo, en el caso del monitoreo sobre cómo se respetan los derechos de los detenidos, aprendimos de nuestro análisis de la legislación polaca que cada individuo detenido debe recibir el informe protocolar apropiado, y que la policía debe guardar un registro de los arrestados, de las visitas médicas hechas en las instalaciones, de objetos consignados, etc. Así, podemos saber qué buscar exactamente cuando estudiamos la documentación y no tendremos que aprender “al vuelo” qué podemos mientras estamos dirigiendo el estudio. Las instituciones de custodia mantienen una documentación voluminosa en la que podemos encontrar mucha información importante sobre cómo se respetan allí los derechos humanos. (Ver Anexo 1).

Cada miembro del equipo de monitoreo debe estar familiarizado, al menos, con las regulaciones más importantes relacionadas con los problemas bajo investigación. En el caso de ciertos actos legales, deberán tener un conocimiento muy bueno o, incluso, llevar consigo una copia de la legislación mientras están dirigiendo el estudio (por ejemplo, llevar una copia de la normativa electoral mientras se monitorean las elecciones). *El análisis de la legislación por parte del equipo de monitoreo debe constituir un elemento sustantivo de la capacitación; esta información debe ser incluida en los materiales suplementarios que entreguemos a nuestros colaboradores antes de que la investigación empiece.*

5.1.3. Escritura del informe y acción en función del interés público

La mayoría de los informes de monitoreo incluyen un análisis de la legislación, empezando por la Constitución y la legislación internacional. Desde convenciones ratificadas y vigentes, hasta declaraciones, informes y resoluciones, hasta las regulaciones institucionales y otras normativas menores. Cuando nuestro informe compara cómo se respetan los derechos humanos en nuestro campo de monitoreo con las normas legales específicas, es útil citar la norma exacta de los instrumentos legales a los que nos estamos refiriendo.

Nuestro análisis demostrará si la ley interna está en contradicción con las normas internacionales y nos ayudará a **comprender qué necesita ser cambiado**. Este mismo resultado nos ayudará tanto para el monitoreo como para desarrollar acciones en función del interés público (principalmente en el caso de acciones legales), si bien sólo nos familiarizaremos con muchas normas inferiores, mientras desarrollemos el estudio. Durante el curso del monitoreo, buscaremos, también, encontrar los casos particulares, o “estudios de casos”, que pueden ayudar con la litigación estratégica. Un análisis profesional de la legislación nos permitirá establecer una lista de criterios para seleccionar los “estudios de casos” que nos ayudarán, a través de la litigación estratégica, a cambiar la ley o la aplicación práctica de la misma.

5.2 La jerarquía de las fuentes de la ley

Nuestro análisis de la legislación requiere el concepto de “*fuente de la ley*”. La jerarquía de las fuentes de la ley, según la cual cada acto legal debe ser coherente con todo el cuerpo superior de las leyes, generalmente se especifica a través de la Constitución del país.

La fuente superior de la ley es normalmente la Constitución del país, seguida por los acuerdos internacionales ratificados. El siguiente nivel de la jerarquía lo forman los estatutos aprobados por el parlamento, los cuales deben ser coherentes con la Constitución y con los acuerdos internacionales ratificados. Siguen en la línea las disposiciones legales emitidas por los cuerpos ejecutivos autorizados, como las regulaciones ejecutivas gubernamentales y los decretos presidenciales (si la Constitución le da el poder al Presidente para emitirlos). El poder ejecutivo puede emitir disposiciones legales vinculantes para los ciudadanos de todo el país y no exclusivamente para un cierto cuerpo de funcionarios, siempre que un estatuto o la Constitución proporcionen tal autorización. En un Estado democrático de derecho, el poder ejecutivo actúa no sólo dentro de los límites de la ley, sino exclusivamente con base en la ley. Por otro lado, las leyes de naturaleza técnica que sirven para organizar el trabajo de los funcionarios públicos pueden emitirse sin una base estatutaria.

Frecuentemente, la Constitución de un país estipula que sus regulaciones y las normas incluidas en los acuerdos internacionales ratificados serán aplicadas directamente. **Por consiguiente, si un estatuto aprobado por el parlamento, o cualquier otra norma inferior no guarda consistencia con lo previsto en la Constitución o en acuerdos internacionales, debe aplicarse directamente esta última disposición.** En la práctica, sin embargo, esto resulta bastante difícil. Las normas constitucionales o internacionales pueden ser clasificadas en dos categorías: las que son autoejecutables y aquellas que no lo son. El Artículo

2 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que establece “el derecho a la vida de todas las personas será protegido por la ley”, no puede, por ejemplo, ser aplicada directamente, pues esta norma no establece claramente cómo debe ser castigado un asesino. Esta situación y otras similares, requieren la aprobación de estatutos específicos, en este caso, de un código penal. Por otro lado, la libertad frente a la tortura (Artículo 3) es una norma autoejecutable.

Las libertades que, vistas desde la perspectiva de las autoridades, constituyen prohibiciones son generalmente autoejecutables. Los derechos, por otro lado, cuya realización requiere de pasos efectivos tomados por parte de las instituciones estatales, no son de naturaleza autoejecutable porque el Estado debe definir cómo las llevará a cabo.

Seguidamente, presentamos tres ejemplos de las jerarquías de fuentes legales, tal como las especifican las constituciones de tres estados diferentes: Polonia (un estado unitario), Rusia (un estado federal) y Ucrania (un estado que incluye una república autónoma).

5.2.1. La jerarquía de las fuentes de la ley en el sistema legal polaco

En Polonia, las fuentes de legislación universal vinculantes que sirven de base para las actividades autoritarias de los cuerpos estatales con respecto a los individuos y a otras entidades se ordenan de la siguiente manera: la Constitución, los acuerdos internacionales ratificados, los estatutos aprobados por el parlamento y las regulaciones ejecutivas.

La posición superior en el sistema de fuentes de ley la ocupa la *Constitución de la República de Polonia de 1997*. Las disposiciones de la Constitución se aplican directamente, a menos que se estipule lo contrario. La supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes de ley implica que todos los actos legales vinculantes dentro del Estado, deben ser coherentes con este estatuto fundamental. La supremacía de la Constitución también se aplica al proceso de administración de la ley, por ello, los órganos de autoridad pública deben interpretar las normas legales de tal forma que correspondan, lo más posible, a los principios y disposiciones estipuladas en la Constitución. El cuerpo encargado de asegurar la posición suprema de la Constitución en el sistema legal es el Tribunal Constitucional.

Los acuerdos internacionales ratificados constituyen el próximo elemento en el sistema de fuentes de la ley. Los acuerdos internacionales, después de ser ratificados y publicados en el *Dziennik Ustaw* oficial (publicación periódica legal), se convierten en parte del orden legal interno. Pueden, entonces, aplicarse directamente (en los procedimientos judiciales, por ejemplo) a menos que ellos incluyan normas autoejecutables que requieran la promulgación de leyes.

Existen dos tipos de acuerdos internacionales ratificados en Polonia. El primer grupo incluye los acuerdos ratificados por el Presidente, sin el consentimiento previo del parlamento, por vía estatutaria. Estos acuerdos no tienen precedencia sobre los estatutos promulgados por el parlamento. El segundo grupo incluye los acuerdos internacionales cuya ratificación por parte del Presidente requieren del consentimiento previo del parlamento. Tales acuerdos tienen un “peso” mayor y atan, por ejemplo, a las alianzas militares, los derechos y libertades civiles, o a la participación de Polonia en organizaciones internacionales. Si este segundo tipo de acuerdo no guarda coherencia con un estatuto, este último tiene rango superior⁷. Los acuerdos internacionales que se ratificaron y publicaron antes de que la nueva Constitución entrara en vigencia, también asumen las características de los estatutos si pertenecen a cierto tipo de asuntos especificados por la Constitución. Un ejemplo de este tipo de acuerdo es la Convención Europea en los Derechos Humanos. *Los Tribunales Constitucionales pueden analizar la constitucionalidad de un acuerdo internacional antes y después de su ratificación.*

La próxima fuente obligatoria y vinculante de ley la integran los *estatutos (ustawy)* que han sido promulgados por el parlamento polaco (integrado por la cámara baja, y la cámara alta) y firmados por el Presidente bajo un procedimiento legislativo especial. Estos estatutos deben publicarse en el *Dziennik Ustaw* antes de que puedan entrar en vigor. Cada estatuto debe ser coherente con la Constitución y con los acuerdos internacionales ratificados, previo consentimiento parlamentario. Algunos asuntos sólo pueden ser regulados por medio de estatutos (el principio de la exclusividad de los estatutos), como las restricciones en los derechos y libertades del individuo o la estructura fundamental del aparato estatal. Los estatutos son, esencialmente, la fuente fundamental de la legislación universal vinculante. Estos fijan los límites tanto de las regulaciones (los actos ejecutivos a un estatuto) como de los actos de legislación local.

La única excepción al principio de autoridad exclusiva del parlamento para promulgar instrumentos legales de rango estatutario, es el *poder que tiene el*

⁷ En este trabajo nosotros omitimos lo relacionado con la legislación comunitaria (de la Unión Europea) y su lugar en el sistema de fuentes de ley.

Presidente para emitir, a solicitud del gobierno, regulaciones con fuerza estatutaria. Esto sólo puede ocurrir bajo un estado de ley marcial. Las normas con fuerza estatutaria están sujetas a aprobación por el Sejm en una sesión inmediata posterior (Artículo 234 de la Constitución).

Una *regulación ejecutiva* (el rozporządzanie) es un acto legal universalmente vinculante, emitido por uno de los cuerpos de autoridad ejecutiva listados por la Constitución: *el Presidente, el Primer Ministro, el gobierno, los ministros y el Concejo Nacional de Radiodifusión y Televisión*. Una regulación ejecutiva sólo puede emitirse si existe una *autorización expresa en un estatuto* y con el propósito de cumplir con el estatuto. La autorización estatutaria debe indicar cuál cuerpo está autorizado para emitir una regulación (puesto que no puede transferir sus poderes a otro órgano), el rango de asuntos que confió a este cuerpo e, incluso, las pautas acerca de los contenidos de la regulación ejecutiva. Estas regulaciones deben ser coherentes con la Constitución, con los acuerdos internacionales ratificados y con todos los estatutos vigentes. Cualquier regulación ejecutiva que no cumpla con estas condiciones puede ser objetada por el Tribunal Constitucional y los tribunales que juzgan los casos específicos pueden negarse a aplicarla. Las regulaciones ejecutivas entran en vigor después de que son publicadas en el *Dziennik Ustaw*.

Otra fuente vinculante de ley la constituyen los *actos de legislación local*, pero estos sólo son vinculantes dentro del territorio o rama de actividad del cuerpo que los emitió y, como las regulaciones ejecutivas, sólo pueden emitirse si cuentan con una base estatutaria. Los actos de legislación local son emitidos por comités cantonales y comunitarios (*gmina*), por consejos cantonales (*powiat*), y a nivel provincial (*wojewódz two*), por las legislaturas provinciales y por los cuerpos provinciales de administración del gobierno (como el *wojewoda*, o la cabeza ejecutiva provincial). Tales disposiciones deben publicarse antes de que puedan entrar en vigor. La Constitución exige que la legislación local sea compatible con la Constitución, con los acuerdos internacionales ratificados y con los estatutos.

Además de las fuentes de derecho obligatorio, hay también regulaciones de *ley interior*. Estas consisten en regulaciones (*uchwaly*) y en órdenes ejecutivas, que pueden emitirse por cualquier estado o cuerpo gubernamental local. Estos actos legales sólo son vinculantes para las unidades orgánicas subordinadas al cuerpo emisor. Su compatibilidad con las leyes obligatorias se controla por medio de los juzgados.

5.2.2. La jerarquía de las fuentes de la ley dentro del sistema legal ruso

La posición más alta en la jerarquía de fuentes de la ley en el sistema ruso es la Constitución de la Federación Rusa de 1993. Todos los demás actos de ley que son vinculantes en Rusia deben ser compatibles con la Constitución. Esto aplica tanto a la ley federal, así como para los actos legales promulgados por los cuerpos constitutivos de la federación.

La Constitución de la Federación Rusa obliga al estado a respetar y defender los derechos humanos y las libertades, las que reconoce como “el valor supremo”. La Constitución Federal también se asienta en principios reconocidos de la normativa internacional, lo que la “hace accesible”, en cierta forma, a la ley internacional y la convierte en un instrumento muy importante de interpretación de las disposiciones constitucionales. *La Constitución permite a los estatutos federales restringir los derechos humanos y las libertades únicamente en la medida en que ello sea necesario para defender la base del sistema constitucional, la decencia, la salud, los derechos e intereses legales de otros individuos y a fin de asegurar la defensa nacional y la seguridad del estado.*

De acuerdo con la Constitución Federal (Artículo 15), los acuerdos internacionales firmados por la Federación Rusa, así como los principios y normas generalmente reconocidos de la ley internacional, constituyen parte del sistema legal ruso. *La Constitución Federal estipula que en caso de una contradicción entre la ley internacional y un estatuto, se aplicará lo establecido en la legislación internacional* (Artículo 15). Esta norma es de gran importancia porque nos permite basarnos directamente en los acuerdos internacionales, si un estatuto específico se contradice con ellos. En el sistema de la Federación Rusa de fuentes de la ley, por consiguiente, la posición suprema la sostiene la Constitución Federal, seguida por los acuerdos internacionales (y los principios generalmente reconocidos de la legislación internacional), por los estatutos constitucionales federales, los estatutos federales, los decretos presidenciales, los actos legales emitidos por el gobierno federal y los emitidos por los “integrantes” de la federación (entiéndase, sus repúblicas constitutivas, los territorios, las regiones, las ciudades federales, las regiones autónomas y las áreas autónomas).

Después de la Constitución y de los acuerdos internacionales, siguen los *estatutos constitucionales federales* aprobados por el parlamento ruso, la Asamblea Federal, que regulan ciertas áreas particularmente importantes de la función del estado, como, por ejemplo, la magistratura (Artículo 76). *Los estatutos federales, que también los promulga el parlamento*, no pueden estar en conflicto con la Constitución, ni con los acuerdos internacionales, ni con los estatutos constitucionales federales. La Constitución, reserva ciertas esferas

exclusivamente para la regulación por parte de la ley federal (por ejemplo: el Artículo 71, acápite m, sobre el sistema judicial; los fiscales públicos; la legislación penal y de procedimientos penales, la legislación civil y de procedimientos civiles). En aquellas circunstancias en que una ley federal y una ley promulgada por alguna entidad federal se traslapen (en campos como la protección de los derechos de las minorías nacionales, la educación, los impuestos, la protección del ambiente, el sistema de administración del gobierno local y el autogobierno, etc.), todo acto legal aprobado por las entidades de la Federación debe ser compatible con la ley federal. Esta es una garantía muy importante, dado que ningún acto legal que sea incoherente con la Constitución o con los estatutos federales, puede existir (como legislación) en el nivel de ley aceptada por entidades federales.

El siguiente nivel de jerarquía de las fuentes de la ley dentro de la Federación Rusa lo constituyen los *decretos presidenciales* y las *regulaciones ejecutivas*. Estos son vinculantes en todo el territorio de la Federación, pero no pueden estar en conflicto con la Constitución Federal o con los estatutos federales.

En un menor rango, se encuentran los *actos legales emitidos por el gobierno de la Federación Rusa*, incluyendo las resoluciones gubernamentales y las regulaciones ejecutivas. Estas resoluciones gubernamentales y regulaciones ejecutivas se basan en la Constitución Federal, en los estatutos federales o en los decretos presidenciales. Cualquier regulación gubernamental que sea incoherente con la Constitución Federal, un estatuto federal o un decreto presidencial, puede ser derogado por el Presidente. Esta es una sanción adicional que directamente obliga al gobierno a que opere dentro de los límites constitucionales.

Para el caso de aquellos asuntos reservados por la Constitución para la jurisdicción exclusiva de las entidades federativas, estas últimas aprueban su propia legislación. En esta esfera reservada para las entidades de la federación, son sus normas las que se aplican, incluso si son incoherentes con un estatuto federal. *La Constitución estipula, sin embargo, que ningún acto legal dentro de la Federación Rusa puede ser incoherente con la Constitución y esto es vinculante, también, para la actividad legislativa de las entidades de la Federación. Por tanto, los derechos humanos y las libertades constitucionales no pueden restringirse por una norma promulgada por las entidades federativas.*

5.2.3. La jerarquía de las fuentes de la ley en el sistema legal ucraniano

En la jerarquía ucraniana de fuentes de la ley, *la autoridad legal superior la tiene la Constitución de Ucrania de 1996*. Las disposiciones constitucionales

son directamente aplicadas. Los estatutos y toda normativa legal debe ser coherente con la Constitución.

Los acuerdos internacionales, ratificados con el consentimiento del parlamento ucraniano o Consejo Supremo, forman parte del sistema legal interno. Los acuerdos internacionales pueden ser revisados en función de su constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, tanto antes como después de su ratificación. *No hay ninguna provisión en la Constitución de Ucrania que estipule que, ante un conflicto suscitado entre un acuerdo internacional ratificado y un estatuto interno, prevalece el primero.* La ausencia de una provisión de este tipo podría dar lugar a una situación en la cual las cortes ucranianas puedan dar preeminencia a los estatutos internos por encima de los acuerdos internacionales, lo que podría llevar, a su vez, a un debilitamiento de la protección de los derechos individuales. (Las Constituciones de la Federación Rusa y de la República de Polonia garantizan la supremacía de los acuerdos internacionales por encima de los estatutos internos). Una cierta solución se ofrece cuando se hace referencia al principio de un estado democrático de derecho (en el artículo 1 de la Constitución), y a los principios generales de la ley internacional, según los cuales no debe haber ninguna norma legal en la legislación interna que esté en contraposición con los acuerdos internacionales ratificados; en caso de conflicto, la superioridad la tiene el acuerdo internacional.

Los estatutos son promulgados por el Consejo Supremo de Ucrania. La Constitución estipula que ciertos asuntos como *los derechos humanos, las libertades civiles y la garantía de estos derechos, etc., sólo pueden ser regulados mediante un estatuto.* Un estatuto que es incompatible con la Constitución puede serapelado ante la Corte Constitucional.

La Constitución autoriza *al Presidente de Ucrania a emitir decretos y regulaciones ejecutivas.* Estos son vinculantes a lo largo de todo el territorio del estado. Deben ser compatibles con la Constitución y con todos los estatutos.

El gobierno ucraniano, dentro de los límites de su jurisdicción, *emite resoluciones y regulaciones ejecutivas* de acatamiento obligatorio. Las funciones gubernamentales basadas en la Constitución, los estatutos y los actos legales emitidos por el Presidente, y todos los actos legales emitidos por el gobierno, deben ser coherentes con las fuentes superiores de la ley. El presidente puede vetar decisiones hechas por los cuerpos locales de autoridad ejecutiva, si los mismos están en el conflicto con la Constitución, con los estatutos, con los actos legales emitidos por el Presidente o con aquellos emitidos por el gobierno.

La República Autónoma de Crimea puede, dentro de los límites definidos por la Constitución, *promulgar leyes que son vinculantes dentro de su territorio.*

Tiene su propia Constitución establecida en 1998 con base en la constitución ucraniana.

El cuerpo legislativo en Crimea es el Consejo Supremo de la República Autónoma de Crimea. *Las decisiones y resoluciones del Consejo Supremo de Crimea son vinculantes dentro del territorio de la República y no pueden ser incoherentes con la Constitución de la República, la Constitución ucraniana o con la legislación ucraniana.* El mismo contenido aplica a los actos legales emitidos por el Consejo de Ministros de la República Autónoma de Crimea. Si cualquier acto legal adoptado por el Consejo Supremo pareciera estar en contradicción con la Constitución ucraniana o con la legislación, el Presidente puede suspenderlo y demandar su revisión por parte de la Corte Constitucional.

La Constitución ucraniana especifica en cuáles campos el Consejo Supremo de Crimea puede promulgar legislación, de manera independiente. Esto incluye campos tales como la agricultura y la protección de bosques, la planificación y construcción del espacio, el transporte público, etc. La jurisdicción de la República Autónoma de Crimea también abarca asuntos relacionados con el funcionamiento de la propia república, como la organización de los referendos locales, la administración de los recursos de la república, etc. El Consejo Supremo ucraniano puede, por vía estatutaria, asignar poderes adicionales a las autoridades de Crimea.

5.3. Fuentes de información sobre la interpretación de la ley internacional e interna

Es de especial importancia para nosotros identificar las normas internacionales e internas de protección de los derechos humanos que nos interesan. La sola lectura de los textos de la legislación no es suficiente para la comprensión precisa de sus “contenidos”, esto es: la forma como se aplican las normas específicas. Las normas de protección de los derechos humanos también se derivan de las decisiones de las cortes internacionales, o de los cuerpos internacionales cuasijudiciales como son los Comités de Derechos Humanos de la ONU, y las leyes internacionales “de menor rango”*.

Volvamos ahora nuestra atención a la importancia que tiene la Convención Europea de Derechos Humanos en el establecimiento de las normas de protección de los derechos humanos y de las libertades en Europa. Las disposiciones de la Convención son interpretadas a través de *las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos*. Las normas de protección que

* Note del editor. Traducción de “soft international law”, término que hace referencia a declaraciones, principios y recomendaciones aprobadas por organizaciones internacionales tales como la ONU, OEA, etc., que no tienen carácter vinculante para los Estados.

comúnmente se derivan de estas decisiones son más amplias que lo exclusivamente incluido de la Convención. Por tanto, al analizar un campo particular de legislación, debemos tomar en cuenta no sólo lo previsto en la Convención, sino también las decisiones formuladas por sus cuerpos asociados. Estas decisiones constituyen una parte integral de las obligaciones que todos los estados asumieron al momento de la ratificación de la Convención. El cuerpo normativo de la corte de Estrasburgo cambia muy rápidamente, lo que nos obliga a mantenernos actualizados sobre las nuevas decisiones que hacen referencia a nuevas temáticas, o que amplían la protección garantizada por la Convención⁸. De gran importancia son las interpretaciones sobre cuáles son las *condiciones que hacen posible las restricciones de los derechos humanos y libertades*, especialmente cuando tal restricción es “necesaria en una sociedad democrática”, y en relación con el principio de proporcionalidad.

Los siguientes son algunos ejemplos de decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, que establecen normas de protección de los derechos humanos:

Ribitsch contra Austria (voto del 4 de julio de 1995)

Con base en el Artículo 3 de la Convención:

Nadie puede ser objeto de tortura, ni de tratamiento o castigo inhumano o degradante.

La corte resolvió que si un individuo es lesionado mientras está bajo custodia policial, la carga de la prueba corresponde al Estado para demostrar que tales lesiones fueron causadas de otra manera y no como resultado del tratamiento impropio por parte de la policía.

⁸ Las disposiciones de la Corte Europea de Derechos Humanos están disponibles en francés e inglés, en el siguientes sitio web: www.dhcour.coe.fr

Dudgeon contra Gran Bretaña (voto del 22 de octubre de 1998)

Con base en el Artículo 8 de la Convención:

1. Todos tenemos derecho al respeto de la vida privada y familiar, de la residencia y de correspondencia.
2. No habrá ningún tipo de interferencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, excepto cuando sea obligado por la ley y sea necesario en una sociedad democrática, en función de los intereses de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desorden o del crimen, para la protección de la salud o de la moral, o para garantizar la protección de los derechos y libertades de otras personas.

La Corte determinó que las disposiciones británicas que consideran como delito las relaciones homosexuales consensuales entre hombres adultos mayores de 21 años de edad, constituyen una interferencia consistente e injustificada con el derecho al respeto de la vida privada.

Kaya contra Turquía (voto del 19 de febrero de 1998)

Con base en el Artículo 2 de la Convención:

1. Todas las personas tienen derecho a que su vida sea protegida por la ley. Ninguna persona puede ser intencionalmente privada de su vida, excepto cuando se trate de la ejecución de una sentencia judicial como consecuencia de un juicio por un delito que prevé este tipo de castigo.
2. Se considera que la privación de la vida no viola este artículo cuando la misma es el resultado del uso de la fuerza que es absolutamente necesaria:
 - a) para la defensa de cualquier persona frente a un acto de violencia ilegal;
 - b) para efectuar un arresto legal o prevenir el escape de una persona legalmente detenida;
 - c) durante una acción legalmente tomada con el propósito de sofocar un alboroto o una insurrección.

La Corte determinó que este Artículo 2 obliga al Estado a desarrollar algún tipo de investigación procesal eficaz, cuando los funcionarios estatales privan a alguien de su vida.

Al analizar la legislación, debemos utilizar las normas desarrolladas por la Corte Europea de Derechos Humanos. También debemos tomar en consideración las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, aunque sus decisiones judiciales no están tan bien desarrolladas como las de la Corte de Estrasburgo.

El monitoreo del respeto a derechos humanos debe basarse, también, en un análisis de la legislación internacional “de menor rango”. Esta legislación consiste en varias declaraciones, colecciones de principios y recomendaciones aprobadas por organizaciones internacionales tales como la ONU, el Consejo de Europa, la Unión Europea, la OSCE, etc. Esta legislación internacional “de menor rango” puede, con el tiempo, convertirse en legislación regular (es decir, en normas universalmente reconocidas por la ley internacional) y ser vinculante para los Estados, como lo son los acuerdos internacionales clásicos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 ha logrado este estado legal en muchos países. La legislación internacional “de menor rango”, cuya promulgación no requiere del apoyo unánime de los estados o del apoyo de una mayoría de ellos, por lo general, amplía significativamente el rango de protección de los derechos humanos especificados en la ley “de mayor rango”**.

El análisis de la legislación que hacemos como parte de nuestro monitoreo debe tomar en cuenta, también, las decisiones adoptadas por los tribunales internos, sobre todo, por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del país.

Una fuente útil de información para la interpretación de la legislación son las **opiniones doctrinales**, o sea, opiniones de autoridades reconocidas sobre problemas que pertenecen a la protección de los derechos humanos. Hay una literatura abundante sobre los derechos humanos en general, así como sobre problemas específicos. Merece la pena familiarizarnos con estos trabajos nacionales e internacionales, para entender mejor los problemas que son importantes desde la perspectiva de nuestro monitoreo.

5.4. Catalogando las fuentes de la ley

El resto de nuestra discusión sobre el análisis de la legislación estará basada en el ejemplo de un concepto específico de monitoreo (ver Diagrama 6).

** “Hard” law.

Asumamos que una organización no gubernamental que opera en Polonia y cuyo campo de actividad es *la policía*, se ha puesto el objetivo siguiente: *reducir la brutalidad policiaca*. Su meta operativa *es garantizar el respeto a los derechos humanos cuando se efectúan arrestos*. Sus tareas de investigación pueden involucrar la observación de la conducta de la policía mientras se efectúan los arrestos.

Para realizar un análisis de la legislación que regula este problema, debemos desarrollar un catálogo de los actos legales que debemos tomar en consideración. Como este tema es materia tanto de la ley internacional como de la interna, nos basaremos en ambas fuentes.

5.4.1. La Constitución

Como se expresó arriba, empezamos nuestro catálogo de fuentes de la ley con la constitución del país (en nuestro caso, la Constitución de la República de Polonia). Esta establece la jerarquía de la ley interna e internacional en el sistema legal y puesto que incluye un catálogo de derechos civiles y libertades, constituye el punto de partida para analizar las normas de protección de los derechos humanos. En el caso de nuestro estudio específico de monitoreo, estaremos interesados principalmente en:

Art.7 - la obligación de los órganos de autoridad pública de funcionar solamente con base en y dentro de los límites de la ley,

Art.30 - el respeto a la dignidad personal por parte de las autoridades públicas,

Art.31 - la protección legal de la libertad personal y sus limitaciones permitidas,

Art.32 - el tratamiento igual ante la ley,

Art.38 - el derecho a la vida,

Art.40 - la prohibición de tortura y de tratamiento o castigo cruel o degradante,

Art.41 - la libertad y la inviolabilidad personal,

- el derecho a apelar la suspensión ilegal de libertad,
- a obligación de las autoridades de informar rápida y comprensiblemente a cada individuo detenido las razones de su detención,
- el derecho a que los individuos indicados por el detenido sean rápidamente informados de tal detención,
- la entrega de cada individuo detenido a una corte dentro de las 48 horas siguientes a la detención,



Fotografía: Agnieszka Sadowska / Agencia Gazeta

“Proyecto extranjeros”, Kłodzko. Policía de frontera registrando a extranjeros ilegales en Polonia. Setiembre 1998

- el derecho de cada detenido a ser puesto en libertad, a menos que tenga una orden de arresto temporal emitido por una corte, junto con una especificación de los cargos que le son atribuidos, dentro de las 24 horas después de ser trasladado a la corte,
- el trato humano para todo individuo detenido,
- el derecho a la compensación en caso de una detención ilegal.

Art.42 - la presunción de inocencia,

Art.50 - la inviolabilidad del domicilio de las personas, y las limitaciones permitidas a esta inviolabilidad.

- otras posibles disposiciones constitucionales si estamos investigando un aspecto específico de detención (como, por ejemplo, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres).

5.4.2. La legislación internacional

En la preparación de nuestro estudio específico de monitoreo, debemos tomar también en cuenta las fuentes de la *legislación internacional “de mayor rango”*, entre ellas, las siguientes:

- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966)
- la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950)

- la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Castigos Crueles, Inhumanos o Degradantes (ONU 1984)
- la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y los Tratos o Castigos Inhumanos o Degradantes (1987)
- la Convención de los Derechos del Niño (ONU 1989)

Las anteriores no agotan el catálogo de fuentes de legislación que pueden ser importantes para nosotros, sin embargo, están entre las más importantes.

También, nos pueden ser de ayuda potencial los documentos de *legislación internacional “de menor rango”*, a saber:

- Declaración sobre la Policía (resolución del Consejo de Europa de 1979)
- Código de Conducta para Oficiales de la Ley y el Orden (resolución de la ONU de 1979)
- Sobre la Detención Temporal (resolución del Octavo Congreso de la ONU de 1990)
- Principios Básicos en el Uso de la Fuerza y de las Armas de Fuego (resolución del Octavo Congreso de la ONU de 1990)
- Principios para la protección de todas las personas que se encuentran bajo cualquier forma de detención o encarcelamiento (resolución de la ONU de 1988)

Un papel importante lo juegan los *acuerdos que requieren ratificación, pero que nuestro Estado no ha ratificado*. No obstante, podemos citarlos en nuestro informe para demostrar qué tan lejanas se encuentran las resoluciones de nuestro país en relación con aquellas adoptadas en el mundo “civilizado”.

También merece la pena llamar la atención sobre la situación legal prevaleciente en nuestro país en comparación con la de países vecinos o con la de aquellos que tienen una larga tradición democrática. Si nuestro Estado es competitivo en relación con sus vecinos, el argumento de que ellos están haciendo algo mejor que nosotros puede ser más eficaz que hacer referencia a soluciones adoptadas en países más lejanos.

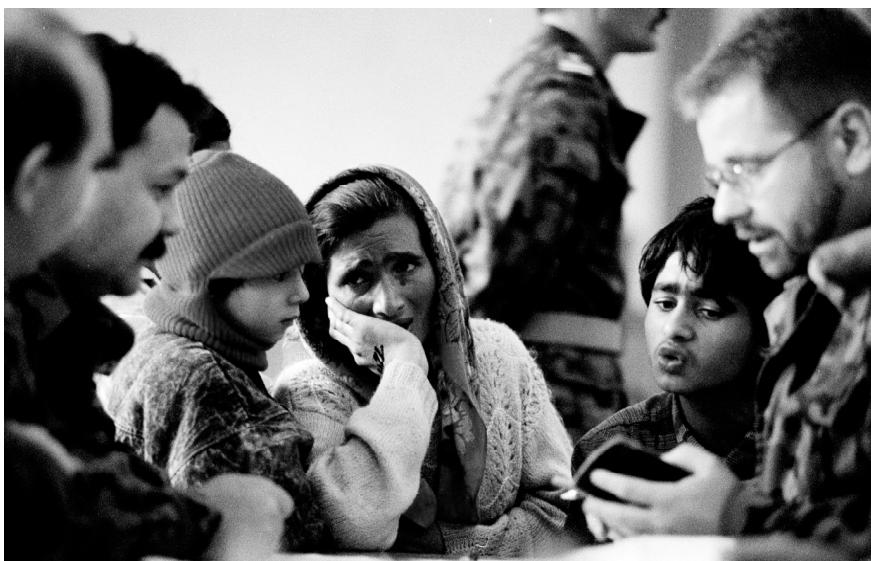
5.4.3. La legislación interna

Ordenamos la legislación interna de manera jerárquica. En nuestro caso, el catálogo debe incluir las leyes polacas de la siguiente manera:

- La Ley de Policía (6 de abril de 1990)
- Los siguientes estatutos: El Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, el Código Ejecutivo Delictivo
- Ley sobre Procedimientos para Casos que Involucran Personas Menores de Edad (26 de octubre de 1982)
- Ley de Protección de la Salud Psicológica (19 de agosto de 1994).
- Normas ejecutivas del Consejo de Ministros sobre Procedimientos para establecer la identidad de los individuos, el arresto de personas, la realización de registro de personas, la inspección de equipaje y el control de cargas por parte de la policía (17 de septiembre de 1990)
- Normas Ejecutivas del Consejo de Ministros para el Establecimiento de los casos, las condiciones y métodos para el uso de coerción directa por parte de la policía (17 de septiembre de 1990)
- Regulación ejecutiva del Ministro de Asuntos Internos sobre los Principios para la Estancia de Menores en los Centros Policiales de Detención (7 de mayo de 1983)
- Orden Ejecutiva del Ministerio de Asuntos Internos y Administración sobre la Práctica de los Exámenes de Médicos a Personas Arrestadas (24 de junio de 1997).
- Orden del Comandante de la Policía Nacional sobre el Mobiliario y la Seguridad Técnica de las Celdas destinadas a los individuos arrestados (10 de noviembre 1994).

En muchos estudios de monitoreo, la *legislación local* también es importante. Conforme desarrollamos nuestra investigación nos familiarizamos con regulaciones ejecutivas sucesivas, hasta llegar al nivel de las regulaciones internas de varias instituciones, instrucciones para funcionarios que ocupan posiciones específicas, etc.

El Artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos estipula claramente que todos tenemos el derecho a la libertad y a la seguridad personales, y que la suspensión de la libertad puede tener lugar sólo en casos excepcionales y de acuerdo con un procedimiento prescrito por la ley. La palabra “ley” aquí debe entenderse como un acto legal de rango estatutario. *La Convención identifica seis situaciones que justifican la detención.* Con base en



Fotografía: Robert Kowalewski / Agencia Gazeta

Extranjeros en custodia por parte de la policía de frontera polaca.
"Proyecto extranjeros" - Kłodzko, setiembre 1998

esto, podemos afirmar que *todos tenemos derecho a no ser arrestados con excepción de las situaciones especificadas en la Convención*. Las regulaciones de la ley interna (Ley de Policía, Código de Procedimientos Penales y otros estatutos) deben ser compatibles con las estipuladas en la Convención con respecto a este tema.

Otras disposiciones de la ley internacional e interna estipulan que *toda persona detenida tiene derecho a:*

- *ser informado en un idioma comprensible para ella de las razones de su detención y de los cargos que se le imputan.*
- *apelar la detención ante una corte, con el fin de que se verifique la legalidad de tal suspensión de libertad* (el cuerpo de normas judiciales establecen la cantidad de tiempo dentro del cual estos poderes deben ejercerse).
- *informar a sus parientes más cercanos o compañeros de que ha sido detenido.*
- *recibir atención médica*
- *contar con condiciones sociales y de vida apropiadas*
- *no sufrir tortura u otro trato inhumano,*
- *etc.*

Como regla, los derechos de las personas detenidas implican obligaciones específicas por parte de la policía.

Un análisis de la legislación antes mencionada, tomando en consideración su jerarquía, nos permite establecer la norma de protección de los derechos humanos en las situaciones en que la policía lleva a cabo arrestos. Cuando estamos desarrollando el concepto de monitoreo para nuestro estudio y decidimos concentrarnos, por ejemplo, *en el caso del derecho que tiene el detenido de recibir información sobre su situación*, un análisis detallado de la legislación y de las decisiones judiciales nos permitirá formular de manera precisa las preguntas de investigación (*ver Diagrama 6*).

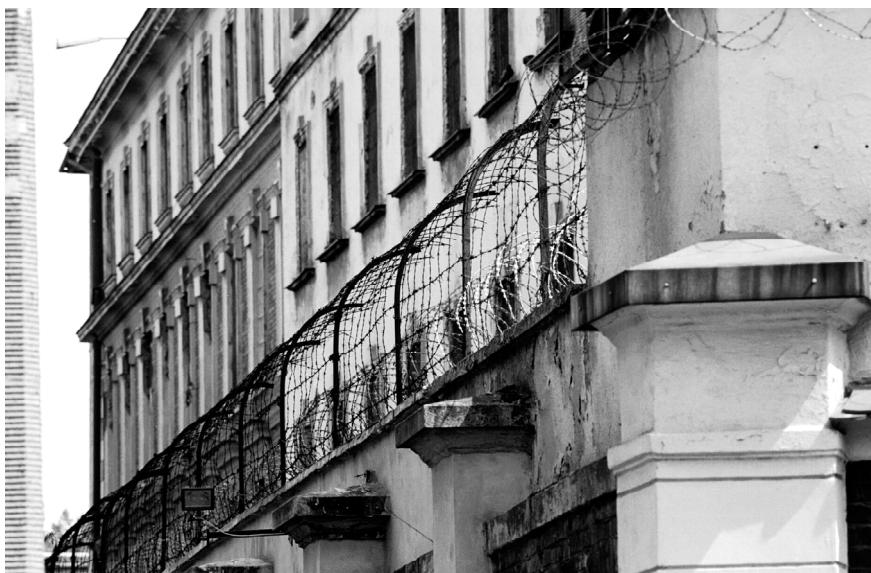
5.5. Unos pocos comentarios prácticos acerca del análisis de la legislación

Para analizar la legislación requeriremos, por supuesto, de *la ayuda de un abogado*, pero quienes iniciamos el monitoreo seremos los que decidiremos qué abarcará el estudio y lo que debemos buscar en la legislación, todo ello con base en la información que hemos recopilado durante nuestro diagnóstico inicial de la situación.

Debe prestarse atención especial a la *legislación inferior* (instrucciones, disposiciones, regulaciones, decisiones, memorándums, etc.), porque es esta la mayormente incompatible con las normas de protección de los derechos humanos.

Las normas de protección de los derechos humanos no son estáticas, sino que continúan desarrollándose. Por ello, debemos estar familiarizados no sólo con las regulaciones legales actuales, sino mantenernos actualizados sobre las decisiones y comentarios judiciales.

Frecuentemente (como sucede en la Convención Europea), los derechos y las libertades sólo pueden ser restringidas por medios estatutarios y únicamente en situaciones cuando esto es necesario en un estado democrático de derecho por razones de seguridad nacional, para proteger el orden público y prevenir el crimen, para proteger la salud y la moral, o para proteger los derechos y libertades de otros individuos. Este trío de circunstancias debe ser cumplido conjuntamente: *las restricciones deben ser estatutarias, deben ser necesarias y deben ser introducidas con fines estrictamente definidos. Sólo en tales casos puede ser considerada legal la restricción de derechos o libertades. El incumplimiento de alguna de estas condiciones debe ser considerado una violación a los derechos humanos.*



Centro de detención en Cracovia

Fotografía: Tomasz Zurek / Agencia Gaceta

Muy importantes también, pero frecuentemente olvidadas, son las *disposiciones finales y transitorias*, puesto que regulan el momento cuando la legislación específica entra en vigencia y, en el caso de estatutos que ratifican los acuerdos internacionales, pueden contener declaraciones y reservas con respecto a artículos específicos de los acuerdos internacionales. En ellos podemos encontrar también disposiciones que derogan las regulaciones legales importantes para nosotros, pero que están contenidas en otros estatutos.

Al analizar una ley emitida con base en una autorización estatutaria, uno debe verificar su alcance para determinar si *esta ley no excede lo que está permitido por el estatuto*.