doi:10.1017/aju.2022.61

SIMPOSIO SOBRE DERECHO INTERNACIONAL LATINOAMERICANO

LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHO TRANSNACIONAL

*Jorge Contesse**

A comienzos del siglo veinte, al celebrarse la primera reunión del entonces recién creado Instituto Americano de Derecho Internacional, juristas de distintos países adoptaron una declaración que estipulaba que "el derecho internacional es a la vez nacional e internacional"[1]. Casi cien años después, si hay un aspecto del Derecho internacional que tiene un rasgo distintivamente latinoamericano, y que da cuenta de la idea acuñada en esa Declaración, es el Derecho internacional de los derechos humanos. Desde la adopción de la Declaración Americana de de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1948, y especialmente a partir de la década de los cincuenta, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y luego con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1969, los derechos fundamentales han sido, son y todo indica que seguirán siendo un proceso y fenómeno radicalmente regional del Derecho internacional. Este ensayo analiza, a través del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la manera como se ha construido el Derecho transnacional de los derechos humanos en América Latina, con la formación del sistema interamericano, hasta las formas peculiares de interacción e influencia entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional. Revisando la jurisprudencia reciente sobre justiciabilidad de derechos sociales, el ensayo muestra cómo la idea de un derecho común de los derechos humanos presenta dificultades que deben atenderse si se quiere tomar en serio el carácter transnacional de los derechos humanos en la región.

Un Sistema Regional de Protección de Derechos

Hacia fines de los años setenta del siglo pasado, cuando el Cono Sur de América Latina estaba gobernado por dictaduras militares, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita a Argentina, evento que es usualmente visto como clave en el declive del régimen autoritario (que vería su gota final con la derrota militar sufrida en la Guerra de las Islas Malvinas) y con el posicionamiento del sistema interamericano como referente de legitimidad democrática. Fue así como la Comisión vio que podía cumplir un rol importante en servir de faro para que la sociedad civil pudiera empujar, desde abajo, el desmantelamiento de regímenes que socavaban de manera sistemática los derechos humanos[2].

En la década siguiente, la Comisión fue lentamente afianzando su autoridad, por medio de la creciente interacción con organizaciones de la sociedad civil y los Estados. En paralelo, la Corte Interamericana, que se había instalado tras la entrada en vigor de la Convención Americana, comenzó a dictar opiniones consultivas

* *Profesor Titular de Derecho & Director del Centro de Derecho Transnacional, Rutgers Law School, Newark, New Jersey, Estados Unidos.*

[1] Elihu Root, *The Declaration of the Rights and Duties of Nations Adopted by the American Institute of International Law*, 10 AJIL 211, 213 (1916).

[2] Robert K. Goldman, *History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights*, 31 HUM. RTS. Q. 856, 873 (2009).

© Jorge Contesse 2022. Published by Cambridge University Press on behalf of The American Society of International Law. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

https://doi.org/10.1017/aju.2022.61 Published online by Cambridge University Press

sobre diversos temas que los Estados y la Comisión Interamericana sometían a su conocimiento. Ante la falta de casos contenciosos que debían ser sometidos a conocimiento por la Comisión Interamericana —según lo dispone la Convención—, la Corte utilizó el camino de la jurisdicción consultiva como forma de delinear su voz autoritativa[3].

El Derecho Internacional como Derecho Constitucional

Fue entonces como se llega a fines de los ochenta, momento en el que muchos países de la región comenzaban el tránsito hacia democracias constitucionales. Uno de los rasgos distintivos de esa época es la adopción de nuevas constituciones o, en otros casos, la significativa reforma de constituciones vigentes. Los países que experimentaron una suerte de "nuevo comienzo constitucional", y que lo hicieron a través de nuevas regulaciones jurídicas, tomaron un compromiso explícito con el Derecho internacional de los derechos humanos. Si uno revisa las nuevas constituciones adoptadas en esa época—entre ellas, Brasil, en 1988; Colombia, en 1991, y Perú en 1993—o las importantes reformas constitucionales que otros países llevaron adelante—como Chile, en 1989, o Argentina, en 1994—en todos ellos se dispuso a nivel constitucional que el Derecho internacional de los derechos humanos formaría parte integral del (nuevo) derecho constitucional[4].

Este paso fue clave para lo que sería, a contar de la década de los noventa, la utilización del Derecho internacional por parte de tribunales internos, especialmente las cortes constitucionales. Con diversa intensidad, tribunales nacionales fueron incorporando en sus raciocinios las normas sobre derechos humanos del Derecho internacional y que, con posterioridad, daría origen al desarrollo de escuelas de pensamiento que promueven la idea de un derecho común en América Latina, como es el caso del denominado "*ius constitutionale commune*". Este fenómeno sería cristalizado, como muestro en la siguiente sección, con la adopción de la doctrina del control de convencionalidad, cimentando de esta manera la noción de que en América Latina el Derecho internacional de los derechos humanos es, en realidad, Derecho constitucional.

A mediados de los noventa, conociendo de un caso en que debía aplicarse la ley de amnistía, un tribunal de instancia peruano declaró su inconstitucionalidad por vulnerar normas sobre debido proceso y afectar el derecho de las víctimas de una masacre ocurrida en 1991 bajo el régimen de Alberto Fujimori (la "masacre de Barrios Altos")[5]. Lo interesante es que, en su sentencia, el tribunal determinó que la inconstitucionalidad de la ley de amnistía provenía no solo de su incompatibilidad con normas de la Constitución del Perú, sino también con la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En paralelo, la Corte Constitucional de Colombia, creada por la Constitución de 1991, daba inicio a una de sus doctrinas más conocidas e importantes —el bloque de constitucionalidad—bajo la cual la Corte determinó que, al tener que resolver asuntos sometidos a su conocimiento, debía no solo atender a las normas de la Constitución, sino integrar éstas con las normas y principios provenientes del Derecho internacional de los derechos humanos, que "sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes", generando así un solo "bloque" normativo que resultaba de cumplimiento obligatorio para la justicia constitucional[6].

[3] La Corte emitió opiniones en ámbitos tales como libertad de expresión, suspensión de derechos en contextos de emergencia, y aspectos específicos de interpretación del nuevo régimen. *Ver* Thomas Buergenthal, *Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights*, 37 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 259, 269–70 (2004–2005).

[4] Rodrigo Uprimny, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*, 89 Tex. L. Rev. 1587 (2011).

[5] Sentencia Caso Ley de Amnistía 26.479 (Disposición Cuarta Transitoria; Control Difuso) (16 junio 1995) (Per.).

[6] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95 (18 mayo 1995) (Colom.).

https://doi.org/10.1017/aju.2022.61 Published online by Cambridge University Press

Pocos años después, los tribunales chilenos –conocidos por su obsecuencia con la dictadura militar de Augusto Pinochet[7]—hicieron lo propio con las leyes de autoamnistía dictadas por el régimen de Pinochet: recurriendo a los Convenios de Ginebra, la Corte Suprema chilena modificó la interpretación que hasta entonces había hecho de la autoamnistía, mediante la cual se rechazaban las presentaciones que buscaban hacer responsables a quienes habían cometido graves violaciones a los derechos humanos. Con la nueva interpretación, la Corte chilena determinó que el Derecho internacional (humanitario) tenía preeminencia sobre la legislación doméstica[8].

Estos desarrollos en la jurisprudencia constitucional latinoamericana afianzaron el carácter autoritativo del Derecho interamericano de los derechos humanos, a lo cual es posible anotar un aspecto que queda a ratos oscurecido, pero que tuvo vital importancia en la manera como el Derecho internacional pasó a formar parte central del derecho interno en la región: la enseñanza legal. La enseñanza del derecho en América Latina, marcada tradicionalmente por el legado formalista de la educación europea, vivía también un proceso de cambio, impulsado, entre otros factores, por el trabajo e influencia de organizaciones extranjeras —como la Fundación Ford— que financiaron la creación de una red de clínicas jurídicas de derechos humanos, dando así un impulso importante a una manera novedosa de utilizar el Derecho y los tribunales para avanzar agendas de cambio social[9]. Se hizo así cada vez más común invocar el Derecho internacional ante tribunales internos, generando impacto no solo en los jueces, sino también en la opinión pública: el Derecho internacional ya no era simplemente un conjunto de normas y reglas producidas "allá afuera", sino, en sintonía con las doctrinas judiciales explicadas arriba, pasaba a formar parte integral del currículo de algunas Facultades de Derecho que innovaban en la enseñanza y buscaban dejar atrás el formalismo característico de sistemas jurídicos creados a la luz del Código Civil francés[10].

El Derecho Constitucional como Derecho Internacional

El proceso por el cual el Derecho internacional (de los derechos humanos) se fue haciendo crecientemente importante en América Latina responde no solo a la internalización que los tribunales nacionales comenzaron a hacer de él, sino también al singular modo en que éste fue adoptando al menos discursivamente un cariz constitucional. Para decirlo en términos más sencillos: los órganos de protección de derechos humanos —en particular, la Corte Interamericana— fue progresivamente tomando el rol de una especie de tribunal constitucional regional, con lo cual la atención no solo debe ponerse sobre el papel de los tribunales *nacionales*, sino también la manera como la Corte fue desarrollando su propia práctica jurisprudencial.

Como expliqué antes, la masacre de Barrios Altos sirve de punto inicial de la jurisprudencia peruana que ha puesto al Derecho internacional en lugar preferente. Pero este hecho es también el que dio origen a una de las decisiones más importantes para el sistema interamericano de derechos humanos: *Barrios Altos vs. Perú*[11]. En esta sentencia, la Corte Interamericana determinó que Perú era responsable por la falta de debida investigación y sanción de los responsables de la masacre. Uno de los aspectos más importantes de esta sentencia es la declaración que hace la Corte al determinar que la ley de autoamnistía "carece de efectos jurídicos", ordenando en seguida la reapertura de las investigaciones por parte de los tribunales nacionales.

[7] *Ver* Lisa Hilbink, Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile (2010).

[8] Corte Suprema de Chile, Sala Penal, Sentencia Rol N° 469-98 (9 septiembre 1998) (Chile).

[9] Daniel Bonilla, *Legal Clinics in the Global North and South: Between Equality and Subordination*, 16 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 1 (2013); Arturo J. Carrillo & Nicolás Espejo Yaksic, *Re-imagining the Human Rights Law Clinic*, 26 Md. J. Int'l L. 80, 89 (2011).

[10] Legal Culture in the Age of Globalization: Latin America and Latin Europe (Lawrence M. Friedman & Rogelio Pérez-Perdomo eds., 2003).

[11] Barrios Altos vs. Perú, Fondo, Corte IDH (ser. C) No. 75 (14 marzo 2001).

https://doi.org/10.1017/aju.2022.61 Published online by Cambridge University Press

La sentencia de *Barrios Altos* tiene relevancia en muchas direcciones, partiendo por su efecto en marcar lo que sería una línea jurisprudencial característica del Derecho interamericano de los derechos humanos: las leyes de amnistía, al impedir la investigación, persecución y sanción de violaciones graves a los derechos humanos, son incompatibles con la Convención Americana. Pero más allá de esta declaración, la idea que dicha incompatibilidad torna a dichas leyes en "carentes de efectos jurídicos" es lo que, en mi opinión, convirtió a la Corte en una suerte de tribunal *constitucional* regional, dado que la consecuencia de declarar inaplicable o nula una ley nacional es típicamente una decisión que puede tomar un tribunal interno —esto es, un tribunal "constitucional"— pero no una que quede entregada a la decisión de un tribunal internacional[12].

Fue en este contexto que en 2006 la Corte Interamericana dicta otra sentencia de enorme relevancia para el sistema interamericano de protección de derechos humanos: *Almonacid-Arellano vs. Chile*, donde la Corte construye la doctrina del "control de convencionalidad". Según esta doctrina, todos los jueces nacionales están vinculados directamente a seguir las normas de la Convención y la interpretación que de ella haga la Corte Interamericana[13]. Desde entonces, como han observado distintos autores, se aprecia una cada vez mayor comprensión de la Corte como un verdadero tribunal constitucional regional[14], lo que determina que la separación entre el Derecho constitucional de América Latina y el Derecho internacional se va deshaciendo progresivamente, en tanto la Corte parece entender a los jueces nacionales como genuinos "jueces interamericanos"[15].

¿Un Derecho Común Latinoamericano?

La idea de jueces nacionales como jueces internacionales se enmarca directamente y encuentra buena parte de su inspiración en la escuela del "*ius constitutionale commune*", originada en el Instituto Max Planck de Heidelberg. Esta forma de comprender al sistema –que ha tenido en la Corte al juez Ferrer MacGregor como su más entusiasta promotor– postula que el tribunal regional participa junto a los Estados de un diálogo judicial que expande y "transforma" al derecho y las sociedades latinoamericanas, cruzadas por desigualdades estructurales, que la Corte tiene, entre sus objetivos, remediar[16].

Desde allí, se analiza y empuja el trabajo de la Corte como un tribunal regional constitucional, cuyas funciones "se asemejan a las propias de una serie de conceptos, como, por ejemplo, el nuevo *Ius Commune* en Europa, el *Ius Publicum* europeo … el así llamado derecho de la humanidad, derecho cosmopolita, derecho global, derecho mundial, derecho mundial interno, derecho transnacional o transconstitucionalismo"[17]. En pocas palabras, es una escuela que parece abarcarlo todo cuando se trata de su domicilio normativo, lo que hace difícil su nítida identificación, tal como han sugerido algunos críticos[18].

[12] Sobre las razones por las que se articula la doctrina, ver Jorge Contesse, *The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine*, 22 Int'l J. Hum. Rts. 1168 (2018).

[13] Almonacid Arellano y Otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 154, párr. 124 (26 Sept. 2006).

[14] Laurence Burgorgue-Larsen, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*, *en* Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos 421 (Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro & Mariela Morales Antoniazzi coords., 2014); Ariel E. Dulitzky, *An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, 50 Texas Int'l L. J. 45 (2015).

[15] Armin von Bogdandy & René Urueña, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, 114 AJIL 403, 416 (2020).

[16] Armin von Bogdandy, Ius Constitutionale Commune *en América Latina: Una Mirada a un Constitucionalismo Transformador*, 34 Rev. Derecho Estado 3 (2015).

[17] *Id.* a 15–16 (notas omitidas).

[18] *Ver* Alberto Coddou McManus, *A Critical Account of* Ius Constitutionale Commune *in Latin America: An Intellectual Map of Contemporary Latin American Constitutionalism*, 11 Glob. Constitutionalism 110 (2022).

https://doi.org/10.1017/aju.2022.61 Published online by Cambridge University Press

Lo que me interesa destacar, sin embargo, tiene relación con el empuje que el *ius constitutionale commune* parece dar a la singular expansión jurisprudencial de la Corte, la que, junto con romper esquemas, genera también problemas en su interacción con los Estados[19]. Uno de los ámbitos donde se advierte esa expansión es el uso del control de convencionalidad, como queda en evidencia en votos separados del juez Ferrer MacGregor, que a ratos pueden leerse como verdaderos tratados de dogmática jurídica, donde se delinea la manera como los Estados debieran adherir a esta doctrina judicial[20]. Desde la teoría jurídica crítica se advierte que aproximación así tensiona la autoridad de un sistema regional de derechos humanos[21].

Recientemente, este carácter de derecho común que borra la diferencia entre jurisdicciones internas y la jurisdicción regional se aprecia en la jurisprudencia de la Corte sobre derechos sociales. En ella, la Corte viene determinando el carácter directamente justiciable del artículo 26 de la Convención Americana, no obstante que esta norma no le entrega esa facultad[22]. En la Corte se advierten al menos dos tipos de aproximaciones en esta materia: por un lado, la opinión mayoritaria, impulsada por el exjuez Roberto Caldas y el propio juez Ferrer MacGregor, que entiende que, a pesar de lo estipulado en las normas convencionales, en base al principio *iura novit curia* la Corte puede *ex officio* avanzar y expandir el alcance de los derechos sociales. Por otro lado, hay jueces que de manera sistemática disienten de esta interpretación, con opiniones que cuestionan la autoridad de la Corte y advierten sobre los riesgos de estas interpretaciones.

La discusión sobre justiciabilidad de los derechos sociales que se da entre miembros de la Corte se reitera ya sentencia tras sentencia, y se origina en la idea de un "cambio de paradigma en la jurisprudencia", anunciado por Ferrer MacGregor (actuando, sin embargo, como académico)[23]. Este cambio, basado principalmente en la interpretación evolutiva de la Convención Americana, encuentra resistencia dentro de la propia Corte, con algunos miembros criticando la manera como se articula la doctrina, acusando a la Corte de apartarse de normas básicas de interpretación de los tratados y de minar la legitimidad del sistema interamericano[24].

En definitiva, pareciera que el ímpetu por integrar al Derecho internacional con los derechos nacionales —una intención presente hace ya más de un siglo—, en tanto abraza cambios sociales a través del derecho, arriesga con debilitar la autoridad de la propia Corte. No es claro, en este sentido, que corresponda a todo evento a ella —o a cualquier tribunal internacional— ser el corrector de injusticias sociales; o no al menos si ello implica desconocer

[19] *Ver* Jorge Contesse, *Judicial Interactions and Human Rights Contestations in Latin America*, 12 J. Int'l Dispute Settlement 271 (2021).

[20] Si bien ello puede sorprender desde una perspectiva de análisis jurisprudencial, lo es menos en tanto el juez es un destacado académico. *Ver*, por ejemplo, su voto separado en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. Mexico, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (26 noviembre 2010) (voto concurrente, Ferrer Mac-Gregor Poisot, J. ad hoc).

[21] *Ver* Natalia Torres Zúñiga, The Inter-American Court of Human Rights: The Legitimacy of International Courts and Tribunals (2023).

[22] El artículo 26 de la Convención Americana dispone: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, tanto internas como a través de la cooperación internacional, especialmente de carácter económico y técnico, con miras a lograr progresivamente, por medio de la legislación u otros medios apropiados, la plena realización de los derechos implícitos en la vida económica, social, educativas, científicas y culturales establecidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos modificada por el Protocolo de Buenos Aires." Convención Ameicana de Derechos Humanos, 22 noviembre 1969.

[23] Inclusión, *Ius Commune* y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso *Lagos del Campo* y los nuevos desafíos 15 (Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Mariela Morales Antoniazzi & Rogelio Ángel Flores Pantoja coords., 2018).

[24] Sierra Porto, por ejemplo, ha dicho que la Corte "utiliza la 'interpretación evolutiva' para camuflar una 'mutación convencional'". Lagos del Campo vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C) No. XXXXX (31 agosto 2017) (voto disidente, Sierra Porto, J.) para 42.

https://doi.org/10.1017/aju.2022.61 Published online by Cambridge University Press

normas acordadas por los propios Estados. Como ha dicho el juez Sierra Porto, "no puede hacerse derecho transformador en contravía del derecho vigente"[25].

Conclusión

El destacado desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en América Latina ha convertido a los órganos regionales en actores clave en la promoción y protección de un lenguaje compartido de los derechos. Estados, activistas y académicos comprenden cuán importante es proteger la autoridad del sistema interamericano en tanto proyecto de un derecho transnacional latinoamericano. Con todo, este proyecto debe asegurar que la integración entre el derecho nacional y el Derecho internacional, respondiendo a valores comunes —como el imperio del derecho, la democracia o la justicia social— no afecte las normas y principios que permiten dicha integración. En tanto los países de la región han pagado un alto precio cuando la democracia se ha puesto en riesgo, es imperativo que el Derecho internacional latinoamericano se ponga al servicio de aquellos valores, respetando plenamente las normas y principios que, antes que todo, los hacen posible.

[25] *Id.*, párr. 48.

https://doi.org/10.1017/aju.2022.61 Published online by Cambridge University Press