

FUERZA INTEGRADORA Y CATALIZADORA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: DESAFÍOS PARA LA FORMACIÓN DE UN CONSTITUCIONALISMO REGIONAL

Flávia PIOVESAN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Impacto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la experiencia latinoamericana*. III. *Diálogo entre la justicia constitucional latinoamericana y las decisiones de la Corte Interamericana*. IV. *Fuerza integradora y catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional*.

* Este trabajo está basado en la intervención “Desafíos de la vinculación de la justicia constitucional a las decisiones de la Corte IDH”, presentada en el simposio *La justicia constitucional: prolegómeno de un Ius Constitutionale Commune en America Latina*, Heidelberg, Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law, 18 y 19 de noviembre de 2009. Debo expresar mi especial agradecimiento a la Alexander von Humboldt Foundation por la beca que permitió la realización de este estudio en el referido Instituto Max-Planck, lugar que brinda un extraordinario ambiente académico de rigor intelectual (Traducción del portugués Eduardo Ferrer Mac-Gregor).

** Profesora y doctora en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Profesora de Derechos Humanos en los programas de posgrado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, de la Pontificia Universidad Católica de Paraná y de la Universidad de Pablo de Olavide (Sevilla, España); investigadora visitante en el Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Harvard (1995; 2000); investigadora visitante en el Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Oxford (2005); investigadora visitante del Instituto Max-Planck de Derecho Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, 2007-2008); actualmente Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow del Instituto Max-Planck (Heidelberg, 2009-2011); procuradora del Estado de São Paulo, miembro del CLADEM (Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer), miembro del Consejo Nacional de Defensa de los Derechos de la Persona Humana, y de SUR – Human Rights University Network.

I. INTRODUCCIÓN

¿Cómo comprender el impacto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en la experiencia latinoamericana? ¿Cuál es el alcance del diálogo entre la justicia constitucional latinoamericana y las decisiones de la Corte Interamericana? ¿En qué medida el sistema interamericano presenta una fuerza integradora y catalizadora? ¿Cuáles son los principales desafíos para la formación de un constitucionalismo regional arraigado en la observancia de parámetros mínimos de protección orientados hacia la defensa de la dignidad humana?

Son éstas las cuestiones centrales que inspiran este estudio, que tiene como principal objetivos enfocar los desafíos de la vinculación de la justicia constitucional latinoamericana a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la búsqueda de la formación de un constitucionalismo regional.

II. IMPACTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA

Dos periodos delimitan el contexto latinoamericano: el periodo de los regímenes dictatoriales, y el periodo de la transición política a los regímenes democráticos, marcado por el fin de las dictaduras militares en la década de los ochenta en Argentina, en Chile, en Uruguay y en el Brasil.

En 1978, cuando la Convención Americana de Derechos Humanos entró en vigor, muchos de los Estados del centro y sur América eran gobernados por dictaduras. De los 11 Estados partes de la Convención en la época, menos de la mitad tenía gobiernos elegidos democráticamente, mientras que hoy casi la totalidad de los Estados latinoamericanos en la región tiene gobiernos elegidos democráticamente.¹ De manera diferente

¹ Como observa Thomas Buergenthal: “El hecho de que hoy casi la totalidad de los Estados latinoamericanos en la región, con excepción de Cuba, tengan gobiernos elegidos democráticamente ha producido significativos avances en la situación de los derechos humanos en esos Estados. Estos Estados han ratificado la Convención y reconocieron la competencia jurisdiccional de la Corte” (Prefacio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). En 2009, 22 Estados habían reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo

del sistema regional europeo, que tuvo como fuente inspiradora la tríada indisociable Estado de derecho, democracia y derechos humanos,² el sistema regional interamericano tiene en su origen la paradoja de haber nacido en un ambiente acentuadamente autoritario, que no permitía ninguna asociación directa e inmediata entre democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Además, en este contexto, los derechos humanos eran tradicionalmente concebidos como una agenda contra el Estado. Contrariamente del sistema europeo, que surge como fruto del proceso de integración europea y ha servido como relevante instrumento para fortalecer este proceso de integración, en el caso interamericano existía tan sólo un movimiento todavía embrionario de integración regional.

La región latinoamericana se ha caracterizado por un elevado grado de exclusión y desigualdad social, al que se suman democracias en fase de consolidación. La región convive aún con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios dictatoriales, con una cultura de violencia y de impunidad, con la baja densidad de Estados de derecho y con la precaria tradición del respeto a los derechos humanos en el ámbito doméstico. América Latina tiene el más alto índice de desigualdad del mundo, en el campo de la distribución de renta.³ En lo que se refiere a

con: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>, último acceso 6 de abril de 2009).

² Al respecto, véase Clare Ovey y Robin White, *European Convention on Human Rights*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 1, y Flávia Piovesan, *Derechos humanos y justicia internacional (Direitos Humanos e Justiça Internacional)*, São Paulo, ed. Saraiva, 2006, p. 135.

³ De acuerdo con el ECLAC: “La elevada desigualdad e inflexible distribución de renta de Latinoamérica ha sido históricamente una de sus características más prominentes. La desigualdad Latinoamericana no solo es mayor que la observada en otras regiones del mundo, sino que también permanece sin cambios en los años 1990, luego cambió para peor al comienzo de la presente década” (ECLAC, *Social Panorama of Latin America, 2006*, capítulo I, p. 84. Disponible en <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> (último acceso 30 de julio de 2007). En el mismo sentido, afirman Cesar P. Bouillon y Mayra Buvinic: “(...) En términos de renta, los países en la región están entre los más desiguales del mundo. A finales de los años 1990, los 20 por ciento más ricos de la población recibían algo como el 60 por ciento de la renta, mientras que los 20 por ciento más pobres recibían solamente cerca del 3 por ciento. La desigualdad en la renta se profundizó aun durante los años 1990 (...) Subrayando la desigualdad de renta, hay grandes injusticias en la distribución de bienes, incluyendo educación, tierras y crédito. Según es-

la densidad democrática, según la encuesta Latinobarómetro, en Brasil sólo el 47% de la población reconoce que la democracia es el régimen preferible de gobierno; mientras que en Perú este universo es aún menor, correspondiendo al 45%, y en México al 43%.⁴

Es en este escenario que el sistema interamericano se legitima como importante y eficaz instrumento para la protección de los derechos humanos, cuando las instituciones nacionales se muestran deficientes u omisas. Con la actuación de la sociedad civil, a partir de articuladas y competentes estrategias de litigio, el sistema interamericano tiene la fuerza catalizadora de promover avances en el régimen de derechos humanos. Permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales; exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas, con el necesario combate a las violaciones de derechos humanos y protección a los grupos más vulnerables.

Considerando la actuación de la Corte Interamericana, es posible crear una tipología de casos basada en decisiones concernientes a 5 (cinco) distintas categorías de violación a derechos humanos:

1. Violaciones que reflejan el legado del régimen autoritario dictatorial

Esta categoría comprende la significativa mayoría de las decisiones de la Corte Interamericana, que tiene como objeto prevenir arbitrariedades y controlar el uso excesivo de la fuerza, imponiendo límites al poder punitivo del Estado.

tudios recientes, el tiempo promedio de escolaridad para los 20 por ciento más pobres es de solo cuatro años, mientras que para los 20 por ciento más ricos es de 10 años". Bouillon, Cesar P. y Buvinic, Mayra, "Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development", Background document for EC/IADB, *Seminar on Social Cohesion in Latin America*, Bruselas, 5 y 6 de junio de 2003, pp. 3 y 4, par. 2.8). Véase <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, julio de 2007. Consultar también ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile, Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

⁴ Véase *Democracy and the downturn: The latinobarometro poll*, The Economist, 13 de noviembre de 2008.

A título de ejemplo, se destaca el *leading case* Velásquez Rodríguez vs. Honduras, concerniente a desaparición forzada. En 1989, la Corte condenó al Estado de Honduras a pagar una compensación a los familiares de la víctima, así como el deber de prevenir, investigar, procesar, punir y reparar las violaciones cometidas.⁵

Otro caso es el Loayza Tamayo vs. Perú, en el cual la Corte, en 1997, reconoció la incompatibilidad de los decretos-leyes que tipificaban los delitos de “traición a la patria” y de “terrorismo” con la Convención Americana, ordenando al Estado reformas legales.⁶

Agréguense también decisiones de la Corte, que condenaron Estados ante precarias y crueles condiciones de detención y de violación a la integridad física, psíquica y moral de personas detenidas, o ante la práctica de ejecución sumaria y extrajudicial, o tortura. Estas decisiones enfatizaron el deber del Estado de investigar, procesar y punir a los responsables de las violaciones, así como de efectuar el pago de indemnizaciones.

En el plano consultivo merecen mencionarse las opiniones sobre la imposibilidad de adopción de la pena de muerte por el Estado de Guatemala⁷ y de la imposibilidad de suspensión de la garantía judicial del hábeas corpus, incluso en situaciones de emergencia, según el artículo 27 de la Convención Americana.⁸

2. *Violaciones que reflejan cuestiones de la justicia de transición* (transitional justice)

En esta categoría de casos se encuentran las decisiones relativas a la lucha contra la impunidad, a las leyes de amnistía y al derecho a la verdad.

En el caso Barrios Altos (masacre que involucró la ejecución de 15 personas por parte de agentes policiales), en virtud de la promulgación y aplicación de leyes de amnistía (una ley que concede amnistía general a los militares, policías y civiles, y otra que dispone sobre la interpretación y alcance de la amnistía), Perú fue condenado a reabrir investigaciones judiciales sobre los hechos en cuestión, relativos a la “masacre de Barrios Altos”, de manera que ordenó derogar o a tornar sin efecto las men-

⁵ Velásquez Rodríguez Case, Corte Interamericana, 1988, Serie C, núm. 4.

⁶ Loayza Tamayo vs. Perú Case. Sentencia del 17 de septiembre de 1997.

⁷ Opinión Consultiva núm. 3/83, del 8 septiembre de 1983.

⁸ Opinión Consultiva núm. 08/87, del 30 de enero de 1987.

cionadas leyes de amnistía. Perú fue también condenado a reparar integral y adecuadamente los daños materiales y morales sufridos por los familiares de las víctimas.⁹

Esta decisión tuvo un elevado impacto sobre la anulación de leyes de amnistía y la consolidación del derecho a la verdad, según el cual los familiares de las víctimas y la sociedad, como un todo, deben ser informados de las violaciones, destacando el deber del Estado de investigar, procesar, punir y reparar violaciones a los derechos humanos.

Concluyó la Corte que las leyes de “auto-amnistía” perpetúan la impunidad, propician una injusticia continuada, impiden a las víctimas y a sus familiares el acceso a la justicia y al derecho de conocer la verdad y de recibir la reparación correspondiente, lo que constituiría una evidente afrenta a la Convención Americana. Las leyes de amnistía configurarían así, un ilícito internacional y su revocación, una forma de reparación no pecuniaria.

En el mismo sentido, se destaca el caso *Almonacid Arellano versus Chile*,¹⁰ cuyo objeto era la validez del Decreto-ley 2191/78 —que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978 durante el régimen Pinochet— a la luz de las obligaciones resultantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte decidió invalidar el mencionado decreto ley de “auto-amnistía”, porque implicaba la denegación de justicia a las víctimas, así como afrontaba los deberes del Estado de investigar, procesar, castigar y reparar graves violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes de lesa humanidad.

También puede mencionarse el caso argentino, en el cual una decisión de la Corte Suprema de Justicia de 2005 anuló las leyes de punto final (Ley 23.492/86) y obediencia debida (Ley 23.521/87), adoptando como precedente el caso Barrios Altos.

3. *Violaciones que reflejan desafíos acerca del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del Estado de derecho (rule of law)*

Esta tercera categoría de casos remite al desafío del fortalecimiento de instituciones y de la consolidación del *rule of law*, particularmente en lo

⁹ Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú). Sentencia del 14 de marzo de 2001.

¹⁰ Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

que se refiere al acceso a la justicia, protección judicial y fortalecimiento e independencia del Poder Judicial.

Se destaca el caso del Tribunal Constitucional contra Perú (2001),¹¹ involucrando la destitución de jueces, en el cual la Corte reconoció necesario asegurar la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho, especialmente en tribunales constitucionales, lo que demanda: *a)* un adecuado proceso de nombramiento; *b)* un mandato con plazo cierto, y *c)* garantías contra presiones externas.

Tal sentencia contribuyó decisivamente para el fortalecimiento de instituciones nacionales y para la consolidación del Estado de derecho.

4. *Violaciones de derechos de grupos vulnerables*

Esta cuarta categoría de casos se refiere a decisiones que afirman la protección de derechos de grupos socialmente vulnerables, como los pueblos indígenas, los niños, los migrantes, los presos, entre otros.

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, se destaca el relevante caso de la comunidad indígena Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua (2001),¹² en el cual la Corte reconoció los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de la tierra, como una tradición comunitaria, y como un derecho fundamental y básico a su cultura, a su vida espiritual, a su integridad y a su supervivencia económica. Agregó que para los pueblos indígenas la relación con la tierra no es solamente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

En otro caso de la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay (2005)—,¹³ la Corte sostuvo que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que garanticen el acceso a los servicios de salud, que deben ser adecuados bajo la perspectiva cultural, incluyendo cuidados preventivos, prácticas curativas y medicinas tradicionales. Añadió que para los pueblos indígenas la salud presenta una dimensión colectiva,

¹¹ Caso Aguirre Roca y otros vs. Perú (Caso del Tribunal Constitucional). Sentencia del 31 de enero de 2001.

¹² Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Corte Interamericana, 2001, Serie C, núm. 79.

¹³ Yakye Axa Community vs. Paraguay, Corte Interamericana, 2005, Serie C, núm. 125.

siendo que la ruptura de su relación simbiótica con la tierra ejerce un efecto perjudicial sobre la salud de estas poblaciones.

En cuanto a los derechos de los niños, cabe mencionar el caso Villagrán Morales contra Guatemala (1999),¹⁴ en que este Estado fue condenado por la Corte, en virtud de la impunidad relativa a la muerte de 5 menores habitantes de la calle, brutalmente torturados y asesinados por 2 policías nacionales de Guatemala. Entre las medidas de reparación ordenadas por la Corte están: el pago de indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas; la reforma en el ordenamiento jurídico interno, para mejor proteger los derechos de los niños y adolescentes guatemaltecos, y la construcción de una escuela en memoria de las víctimas.

Se añaden también las opiniones consultivas sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños (OC 17, emitida en agosto de 2002, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y sobre la condición jurídica y los derechos de migrantes indocumentados (OC 18, emitida en septiembre de 2003, a solicitud de México).

Debe también mencionarse, la opinión solicitada por México, de su derecho a la asistencia consular. En la hipótesis, si el detenido fue condenado a la pena de muerte, esto constituiría privación arbitraria del derecho a la vida. Nótese que México fundamentó su solicitud de consulta en los distintos casos de presos mexicanos condenados a la pena de muerte en los Estados Unidos.

En relación con los derechos de las mujeres, se destacan relevantes sentencias del sistema interamericano sobre discriminación y violencia contra mujeres, lo que fomentó la reforma del Código Civil de Guatemala, la adopción de una ley de violencia doméstica en Chile y en Brasil, entre otros avances.¹⁵

5. *Violaciones a derechos sociales*

Finalmente, en esta quinta categoría de casos emergen decisiones de la Corte, que protegen derechos sociales. Importa reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece derechos civiles y

¹⁴ Villagrán Morales *et al* vs. Guatemala (Caso de los Niños de la Calle), Corte Interamericana, 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

¹⁵ Al respecto, véase el caso María Eugenia vs. Guatemala, y caso Maria da Penha vs. Brasil.

políticos, contemplando solamente la aplicación progresiva de los derechos sociales (artículo 26). El Protocolo de San Salvador, al disponer sobre derechos económicos, sociales y culturales, prevé que únicamente los derechos a la educación y a la libertad sindical serán amparados por el sistema de peticiones individuales (artículo 19, parágrafo 6o.).

A la luz de una interpretación dinámica y evolutiva, comprendiendo la Convención Americana como un *living instrument*, en el ya citado caso Villagrán Morales contra Guatemala,¹⁶ la Corte sostuvo que el derecho a la vida no puede ser concebido restrictivamente. Introdujo la visión de que el derecho a la vida comprende no sólo una dimensión negativa —el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente—, sino una dimensión positiva, que demanda a los Estados medidas positivas apropiadas para la protección del derecho a la vida digna, el “derecho a crear y desarrollar un proyecto de vida”. Esta interpretación ha establecido un importante horizonte para la protección de los derechos sociales.

En otras decisiones, la Corte ha endosado el deber jurídico de los Estados de conferir una aplicación progresiva a los derechos sociales, con fundamento en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente si se tratan de grupos socialmente vulnerables. En el caso niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, la Corte enfatizó el deber de los Estados en lo referente a la aplicación progresiva de los derechos sociales, con el fin de asegurar el derecho a la educación, destacando la especial vulnerabilidad de niñas. Sostuvo que “con relación al deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”.¹⁷

Existe además, un conjunto de decisiones que consagran la protección indirecta de derechos sociales mediante la protección de derechos civiles, lo que confirma la idea de la indivisibilidad y de la interdependencia de los derechos humanos.

¹⁶ Villagrán Morales *et al* vs. Guatemala (Caso Niños de la Calle), Corte Interamericana, 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

¹⁷ Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Corte Interamericana, 8 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 130.

En el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*,¹⁸ referente a la supuesta negligencia médica en hospital privado —una mujer se internó en el hospital con cuadro de meningitis bacteriana y fue medicada, falleciendo al día siguiente, probablemente como resultado de la medicación prescrita—, la Corte decidió el caso con fundamento en la protección al derecho a la integridad personal y no en el derecho a la salud. En el mismo sentido, en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*,¹⁹ concerniente a daños a la salud resultantes de condiciones de detención, una vez más la protección al derecho a la salud se dio bajo el argumento de la protección del derecho a la integridad física.

Otros casos de protección indirecta de derechos sociales se atienen a la protección al derecho al trabajo, con base en el derecho al debido proceso legal y a la protección judicial. Al respecto, se destaca el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*,²⁰ relativo al despido arbitrario de 270 funcionarios públicos que participaron en una manifestación (huelga). La Corte condenó al Estado de Panamá por la violación de la garantía del debido proceso legal y protección judicial, condenando al pago de indemnización y la reintegración de los 270 trabajadores. En el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*,²¹ sobre el despido arbitrario de 257 trabajadores, la Corte condenó al Estado de Perú también por la violación al debido proceso legal y protección judicial. En ambos casos, la condenación de los Estados tuvo como argumento central la violación a la garantía del debido proceso legal y no a la violación al derecho del trabajo.

Otro caso emblemático es el caso “Cinco Pensionistas” *vs. Perú*,²² referente a la modificación del régimen de pensiones en Perú, donde la Corte condenó al Estado con fundamento en la violación al derecho de

¹⁸ *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Corte Interamericana, 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171.

¹⁹ *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Corte Interamericana, 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101.

²⁰ *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Corte Interamericana, 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72.

²¹ *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Corte Interamericana, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

²² *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Corte Interamericana, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98.

propiedad privada y no con base en la violación al derecho de seguridad social, ante los daños sufridos por los 5 pensionistas.

III. DIÁLOGO ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA Y LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA

En el caso latinoamericano, el proceso de democratización en la región, iniciado en la década de los ochenta, propició la incorporación de importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos por parte de los Estados latinoamericanos. Como ejemplo, nótese que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en 1969, fue ratificada por Argentina en 1984, por Uruguay en 1985, por Paraguay en 1989 y por Brasil en 1992. A su vez, el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, se dio en Argentina en 1984, en Uruguay en 1985, en Paraguay en 1993 y en Brasil en 1998. Hoy se constata que los países latinoamericanos suscribieron los principales tratados de derechos humanos adoptados por la ONU y por la OEA.

En cuanto a la incorporación de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, se observa que, en general, las Constituciones latinoamericanas confieren a estos instrumentos una jerarquía especial y privilegiada, distinguiéndolos de los tratados tradicionales. En este sentido, merecen destacarse el artículo 75.22 de la Constitución argentina, que expresamente atribuye jerarquía constitucional a los más relevantes tratados de protección de derechos humanos, y el artículo 5o., párrafos 2o. y 3o. de la carta brasileña, que incorpora estos tratados en el universo de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

Las Constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas, que permiten la integración entre el orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad. Al proceso de constitucionalización del derecho internacional se une el proceso de internacionalización del derecho constitucional.

El sistema regional interamericano simboliza la consolidación de un “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar derechos humanos fundamentales en el plano interamericano. La Convención Americana, como un verdadero “código interamericano de derechos humanos”,

fue acogida por 25 Estados, traduciendo la fuerza de un consenso sobre el piso mínimo de protección y no sobre la cobertura máxima de protección. Sirve a un doble propósito: *a)* promover e incentivar avances en el plano interno de los Estados; y *b)* prevenir retrocesos en el régimen de protección de derechos.

El análisis de los desafíos de vinculación de la justicia constitucional a las decisiones de la Corte Interamericana se concentrará en el estudio de casos, involucrando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina y del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Tres son los factores para justificar este criterio selectivo: *a)* ambos países han transitado desde regímenes autoritarios dictatoriales hasta regímenes democráticos; *b)* han adoptado un nuevo marco jurídico (en este caso, la Constitución Brasileña de 1988 y la Constitución argentina con la reforma de 1994), y *c)* confieren a los tratados de derechos humanos un estatus privilegiado en el orden jurídico. En el estudio de los precedentes judiciales, el objetivo será evaluar la aplicación de dispositivos de la Convención Americana, y, especialmente, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana —intérprete última de la Convención Americana—.

1. *Argentina*

En relación con las decisiones judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia argentina, existe un significativo universo de 42 decisiones que confieren aplicación doméstica a los tratados de derechos humanos, en especial a los dispositivos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicando la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Estas decisiones pueden ser clasificadas a la luz de la tipología adoptada para la jurisprudencia de la Corte, comprendiendo casos que: *a)* se remontan al legado del régimen militar; *b)* invalidan leyes de amnistía (ley de obediencia debida y del punto final); *c)* tratan del fortalecimiento del Estado de derecho y de sus instituciones; *d)* protegen derechos de grupos vulnerables (por ejemplo, decisiones sobre pueblos indígenas), y *e)* protegen derechos sociales (por ejemplo, decisiones en materia de previsión social).

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia argentina reconoce expresamente que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir como guía para la interpretación de los preceptos con-

vencionales, siendo una imprescindible directriz de interpretación de los deberes y de las obligaciones resultantes de la Convención Americana”.²³

Según el parecer del ministro Eugenio Raúl Zaffaroni, de la Corte Suprema de Justicia argentina,²⁴ esto se debe, sobre todo, a la reforma constitucional de 1994, que explícitamente confirió jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, en los términos del artículo 75, parágrafo 22. En su evaluación, el impacto de tal cambio fue extraordinario en el sentido de incentivar que la Corte Suprema adoptara desde entonces (1994) la normativa internacional y su jurisprudencia, lo que irradió un amplio impacto en todo el Poder Judicial y en la cultura jurídica argentina. Por tanto, en el caso argentino, desde 1994 existe la creciente apertura hacia el orden internacional y a sus parámetros de protección. Obsérvese, además, que Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana en 1984, siendo que la primera sentencia proferida por la Corte frente a Argentina se dio en 1995.

2. *Brasil*

Desde el proceso de democratización del país, y en particular a partir de la Constitución Federal de 1988, los más importantes tratados internacionales de protección de los derechos humanos fueron ratificados por Brasil. El periodo pos 1988 presenta la más amplia producción normativa de derechos humanos de toda la historia legislativa brasileña. La mayor parte de las normas de protección a los derechos humanos fue elaborada después de la Constitución de 1988, de ella resultante y bajo su inspiración. La Constitución de 1988 celebra la reinención del marco jurídico normativo brasileño en el campo de la protección de los derechos humanos.

²³ Véanse los casos Giroldi H. s/recurso de casación, CSJN, juzgados: 318:514 (1995); Acosta, Claudia Beatriz y otros/habeas corpus, CSJN, juzgados 321:3555 (1998); y Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de libertad, CSJN, juzgados, S.17768, XXXVIII, (2005).

²⁴ Al respecto, véase la ponencia del ministro Zaffaroni en el seminario *Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos* (Incorporación de los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos), Cámara de Representantes en Brasília, 11 de junio de 2008, en panel compartido por esta autora.

Aunque la Constitución de 1988 sea ejemplar en la protección de los derechos humanos y haya introducido avances extraordinarios para su protección, terminó por confiar el cuidado del texto al antiguo Supremo Tribunal Federal, marcado hasta entonces por una óptica acentuadamente privatizada y por una herencia jurisprudencial de tiempos dictatoriales. Vale decir, la justicia de transición en Brasil fue incapaz de fomentar reformas institucionales profundas, para culminar, por ejemplo, en la creación de una Corte Constitucional, como ocurrió en otros países (menciónese, a título ilustrativo, Colombia, Sudáfrica, entre otros).

En la experiencia brasileña persiste todavía la polémica sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno. El 3 de diciembre de 2008, al juzgar el Recurso Extraordinario 466.343, el Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, estuvo de acuerdo en conferir a los tratados de derechos humanos un régimen especial y diferenciado, distinto al régimen jurídico aplicable a los tratados tradicionales. Rompió así con la jurisprudencia anterior que, desde 1977, durante más de tres décadas, igualaba tratados internacionales a leyes ordinarias, mitigando y desconsiderando la fuerza jurídica de los tratados internacionales. Tal paridad, curiosamente, operaba siempre en favor de que la ley prevaleciera: la ley podría revocar un tratado, pero no podría ser revocada por él.

Sin embargo, aunque el Supremo Tribunal Federal haya aceptado atribuir un estatus privilegiado a los tratados de derechos humanos, difirió en lo que específicamente se refiere a la jerarquía de los mismos, permaneciendo dividido entre la tesis de la supra legalidad (el orden jurídico como una pirámide, donde la Constitución asume el punto más elevado) y la tesis de la constitucionalidad de los tratados de derechos humanos (orden jurídico como un trapecio, donde la Constitución y los tratados de derechos humanos asumen el punto más elevado), siendo mayoritaria la primera tesis.²⁵

²⁵ En efecto, a partir de la sentencia en el Recurso Extraordinario 466.343, el 3 de diciembre de 2008, la actual jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se encuentra dividida entre la tesis mayoritaria, que confiere a los tratados de derechos humanos jerarquía infraconstitucional, pero supralegal (5 votos), y la tesis que confiere a los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional (4 votos), en los términos del artículo 5o., parágrafos 2o. y 3o. de la Constitución Federal. Esta autora defiende la tesis de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos a la luz de una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, considerando la racionalidad e integridad valora-

La sentencia de diciembre de 2008 constituye una decisión paradigmática, teniendo la fuerza catalizadora de impactar la jurisprudencia nacional, con el fin de asegurar a los tratados de derechos humanos un régimen privilegiado en el sistema jurídico brasileño, propiciando la incorporación de parámetros internacionales de protección en el ámbito doméstico y el advenimiento del control de la convencionalidad de las leyes.

Escasa es aún la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal que implementa la jurisprudencia de la Corte Interamericana, destacándose solamente dos casos: *a*) uno de ellos sobre el derecho de un extranjero detenido, de ser informado sobre la asistencia consular como parte del debido proceso legal criminal, con base en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana núm. 16 de 1999,²⁶ y *b*) otro caso, relativo al final de la exigencia de diploma para la profesión de periodista, con fundamento en el derecho a la información y en la libertad de expresión, a la luz de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana núm. 5 de 1985.²⁷ Un estudio realizado sobre las decisiones del Supremo Tribunal Federal, fundamentadas en precedentes judiciales de órganos internacionales y extranjeros, apunta que 80 casos aluden a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EUA, mientras que 58 casos hacen alusión a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania,²⁸ siendo que, reitérese, sólo 2 casos se refieren a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Pocas son las sentencias que remiten a la incidencia de dispositivos de la Convención Americana —en este sentido, se han localizado 79 dictámenes tratando de: prisión del depositario infiel; doble grado de jurisdicción; uso de esposas; individualización de la pena; presunción de inocencia; derecho de recurrir en libertad; razonable duración del proceso; entre otros temas especialmente ligados a garantías penales—. Como analiza Virgilio Afonso da Silva: “la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal es alta-

tiva de la Constitución de 1988. Al respecto, véase Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional (Derechos humanos y el derecho constitucional internacional)*, 11a. ed., São Paulo, ed. Saraiva, 2010, pp. 51-96.

²⁶ Cfr. La sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2006, en la Extradición núm. 954/2006.

²⁷ Cfr. La sentencia del Supremo Tribunal Federal en 2009, en el RE 511961.

²⁸ Cfr. Silva, Virgilio Afonso da, “Integración y diálogo constitucional en América del Sur”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Derechos humanos, democracia e integración jurídica en América del Sur*, Rio de Janeiro, ed. Lumen Júris, 2010, p. 529.

mente permeable a argumentos utilizados en algunos Tribunales de otros países, pero ignora por completo la jurisprudencia de los Tribunales vecinos”,²⁹ teniendo aun la jurisprudencia de la Corte Interamericana una reducida resonancia en el ámbito interno.

Obsérvese que, de manera distinta de Argentina (que ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana en 1984, siendo que la primera sentencia pronunciada por la Corte frente a Argentina fue en 1995), Brasil solamente dio su adhesión a la Convención Americana en 1992, habiendo reconocido la jurisdicción de la Corte en 1998 y la primera sentencia condenatoria por la Corte frente a Brasil (caso Damião Ximenez Lopes) se efectuó en julio de 2006 (agréguese que otras dos sentencias condenatorias fueron dictadas en 2009).

IV. FUERZA INTEGRADORA Y CATALIZADORA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: DESAÍOS PARA LA FORMACIÓN DE UN CONSTITUCIONALISMO REGIONAL

Por fin, considerando las potencialidades y los límites del diálogo entre la justicia constitucional latinoamericana y las decisiones de la Corte Interamericana, se establecen cinco desafíos en la búsqueda de fundamentación de un constitucionalismo regional radicado en la observancia de parámetros mínimos de protección dirigidos hacia la defensa de la dignidad humana:

1. *Acentuar la responsabilidad del Poder Judicial en la implementación de los parámetros mínimos de protección*

Resulta prioritario el fortalecimiento de la responsabilidad del Poder Judicial en la implementación de los parámetros de protección de derechos humanos.

Como enfatiza la Corte Interamericana:

Cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están

²⁹ *Ibidem*, p. 530.

sometidos a ella, lo que les obliga a cuidar para que los efectos de los dispositivos de la Convención no se vean mitigados por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos. (...) el poder Judicial debe ejercer una especie de “control de la convencionalidad de las leyes” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, como también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³⁰

2. *Afirmar la jerarquía privilegiada de los tratados de derechos humanos y el control de la convencionalidad de las leyes*

También es fundamental afirmar el estatus privilegiado de los tratados de derechos humanos, que no se confunden con los tratados tradicionales (comerciales), reforzando su imperativo jurídico y su impacto. De ahí la necesaria difusión de estos instrumentos internacionales y de la jurisprudencia internacional.

3. *Fortalecer la cultura de derechos humanos*

Es también esencial fortalecer la cultura de derechos humanos. A ese respecto, menciónese la reciente decisión del Consejo Federal de la Barra de Abogados del Brasil, adoptada en noviembre de 2009, determinando la inclusión de la materia de derechos humanos en el examen nacional.

El fortalecimiento de la educación sobre derechos humanos comprende distintas estrategias, tales como: la inserción de la disciplina de derechos humanos en las asignaturas de los programas de licenciatura, posgrado y extensión universitaria; la inclusión de la asignatura de derechos humanos en los concursos públicos para ingreso en las carreras jurídicas; programas de capacitación de operadores jurídicos orientados hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

³⁰ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

4. Avanzar en el diálogo vertical y horizontal de jurisdicciones

En este contexto, importa avanzar y profundizar el diálogo entre el orden local y regional, potencializando el impacto entre ellos, con el fin de asegurar la mayor efectividad posible de los derechos humanos. Además de avanzar en el diálogo vertical de jurisdicciones, también es fundamental avanzar en el diálogo horizontal de jurisdicciones, para que los sistemas sudamericanos puedan enriquecerse mutuamente a través de préstamos constitucionales y del intercambio de experiencias, argumentos, conceptos y principios emancipadores.

Las decisiones internacionales en materia de derechos humanos deben también producir efectos jurídicos inmediatos y obligatorios en el ámbito del ordenamiento jurídico interno, tocando a los Estados su fiel ejecución y cumplimiento, de conformidad con el principio de la buena fe que orienta el orden internacional. La efectividad de la protección internacional de los derechos humanos está absolutamente condicionada al perfeccionamiento de las medidas nacionales de implementación.

5. Establecer la interdependencia entre derechos humanos, democracia y Estado de derecho

Resulta también prioritario el fortalecimiento del régimen doméstico de protección de los derechos humanos, a partir de la consolidación de una cultura de derechos humanos. El desafío es aumentar el compromiso de los Estados hacia la causa de los derechos humanos, que todavía es mirada, en el contexto latinoamericano, como una agenda contra el Estado. Se debe combatir la idea de que son indisociables los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. Se debe reforzar el concepto de que el respeto a los derechos humanos es una condición esencial para la sustentabilidad democrática y para el establecimiento del Estado de derecho en la región.

Dinamizar y potencializar el diálogo entre las esferas local y regional es una medida necesaria e imperativa para la fundamentación de un constitucionalismo regional, inspirado en la observancia de parámetros mínimos de protección, con la prevalencia de la dignidad humana.