

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN NACIONAL

Reflexiones en torno a una relación en construcción

Oscar Raúl Lotero*

SUMARIO: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los Órganos del Sistema Interamericano. La Comisión y la Corte Interamericana. Funciones. Competencia. Constitucionalismo Transformador. *Corpus Juris* Latinoamericano. *Ius Communes* Latinoamericano. Discurso Jurídico. El rol del Poder Judicial. Los Estados Nacionales y el Sistema Interamericano. Las Críticas. Conclusiones. Referencias.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Hispanoamérica tiene una larga tradición relativa a los derechos humanos desde el encuentro entre mundos diferentes en el siglo XV. Desde la discusión antropológica sobre la condición jurídica del indígena a los textos constitucionales surgidos del proceso independentista la persona humana figuraba en dichos textos con un rol fundamental. No es posible soslayar que los mismos consagraban más garantías en el papel que en la práctica efectiva.

Aun así, como consecuencia de las dos primeras guerras mundiales se hizo patente la necesidad de crear un nuevo orden internacional de resolución de disputas y que pongan en su centro a la persona humana. El año 1948 es un punto epocal con la adopción de la Carta Orgánica de la Organización de Estados Americanos (OEA), El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas y especialmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En 1959 se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y junto con la Corte Interamericana, forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH). El instrumento que sirve de soporte a su funcionamiento es la Convención

*Departamento de Ciencias Sociales, Area de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. Profesor titular Cátedra C Historia Constitucional Argentina.

Americana de Derechos Humanos que fue suscrita en San José de Costa Rica recién en 1969 y entró en vigor al obtener el número de ratificaciones suficientes. A la fecha, Trinidad y Tobago denunció la Convención en mayo de 1998 y Venezuela en septiembre de 2012, Estados Unidos y Canadá no ratificaron dicho instrumento. Junto con la Convención forman parte del sistema protectorio, además de otros protocolos especializados que se agregan o lo complementan.

LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO. LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA. FUNCIONES. COMPETENCIA

La Comisión Interamericana creada en 1959 está regulada dentro de la parte II capítulo VII del Pacto de San José de Costa Rica, integrada por siete miembros que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos, representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos. Sus funciones están previstas en el art. 41, entre las que destacamos lo relativo a la promoción, defensa y reconocimiento de los derechos humanos formulando recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas, preparar estudios e informes como también solicitarlos a los Estados sobre la materia; atender las consultas que le formulen los Estados miembros a través de la secretaría general de la OEA y actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones conforme con lo que disponen los arts. 44 a 51 de la Convención.

Los artículos 44 al 47 regulan la competencia de la Comisión Interamericana, el artículo 45 refiere a las cuestiones que se susciten entre los Estados y los artículos 46 y 47 se refiere a las denuncias individuales. Los artículos 48 a 51 son las reglas de procedimiento de actuación en aquellos casos en los que se alegue la violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención. Destacamos la ampliación de su competencia mediante el dictado de medidas cautelares, basándose en lo establecido en el art. 41 inciso b de la Convención. También están previstas en la Convención la proposición de soluciones amistosas, el monitoreo del cumplimiento y trámite de las denuncias.

La Corte Interamericana, en funciones desde 1979, está regulada en el capítulo VIII del Pacto de San José de Costa Rica. Integrada por siete jueces nacionales de los Estados miembros con mandato de seis años pudiendo ser reelectos una sola vez, tiene competencia contenciosa y consultiva. Solo los Estados y la Comisión tienen la posibilidad de plantear casos ante ella previo agotamiento de los recursos internos. Conoce de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. Los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte y de buena fe en aquellos casos en los que hayan sido partes.

Ambas comenzaron su actuación en contextos desfavorables en la que la mayoría de los países latinoamericanos se hallaban sin sistemas de gobiernos democráticos o en su caso de gobiernos democráticos aparentes. Los informes de la Comisión sirvieron como un modo de registrar y poner de manifiesto las violaciones sistemáticas a los derechos humanos para luego ir ampliando la temática a abordar. González Morales (2019) registra ese incremento entre las décadas del 70 y 90 respecto de los derechos económicos, sociales y culturales asignándoles la calidad de derechos a partir de esta última fecha.

La Corte Interamericana también registra un recorrido similar, su competencia se ha ido incrementado de tratar la desaparición forzada de personas a sus contornos actuales en los que alude a su condición de ser el intérprete final del texto convencional, la obligatoriedad del control de convencionalidad y el nuevo rol que le asigna a las opiniones consultivas, el impulso de reformas en el derecho interno y las instituciones del Estado, la judicialidad de los DESCA (Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales) y cuestiones referidas a las pautas culturales y éticas de cada comunidad política. Del catálogo de materias que efectúa Alfonso Santiago (2018) nos referiremos únicamente a aquellas que imponen al Estado Nacional reformas en el derecho interno o en sus instituciones, ya que tensionan las pautas del derecho internacional público, las soberanías nacionales y el concepto mismo de Constitución entendida esta como el conjunto de reglas bajo las cuales se organiza una comunidad política particular.

CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR. *CORPUS JURIS* LATINOAMERICANO. *IUS COMMUNES* LATINOAMERICANO

Entendemos que la ampliación de la competencia de los organismos del sistema interamericano encuentra sustento en la corriente del constitucionalismo transformador, mediante el cual elabora un *Corpus Juris* latinoamericano integrado por los distintos sistemas normativos que forman el sistema protectorio de los derechos humanos confluyendo en orden público convencional denominado *Ius Communes* Latinoamericano.

Armin von Bogdandy *et al.* (2017) elaboran una hoja de ruta sobre el tema. Sostienen el potencial transformador del derecho para modificar la realidad de la región atravesada por la desigualdad, la falta de funcionamiento adecuado de las instituciones y el desequilibrio entre los poderes del Estado, con especial énfasis en las facultades del poder ejecutivo. Partiendo de la tríada democracia, estado de derecho y derechos humanos busca hacer efectivas las garantías establecidas en los textos constitucionales mediante la promoción, protección y reformulación de las instituciones asegurando su vigencia.

Vincula el derecho internacional de los derechos humanos, en especial la Convención Americana y demás tratados del sistema interamericano, con las constituciones nacionales haciendo que estas deban ser interpretadas a la luz de las diversas fuentes que componen el sistema. Relaciona académicos de diversas partes de la región para la investigación y posible adopción de soluciones a problemas de raíz común. Partiendo de la idea que el derecho es construcción social y el lenguaje forma parte de él; buscan acuñar, desarrollar y propagar el concepto del *Ius Constitutionale Commune*. Lenguaje que no es neutral sino que busca impactar en el ordenamiento jurídico creando nuevos conceptos o reinterpretando los mismos en forma dinámica.

Desde un profundo escepticismo respecto de los grandes relatos que forjaron las corrientes constitucionales anteriores y mediante un enfoque predominantemente jurídico –sin desconocer las realidades históricas y culturales–, abordan la solución de los problemas de la región en torno a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales. La incorporación del derecho internacional al orden interno junto con la elaboración de un discurso y práctica jurídica común sustentan su actuación.

Para ello existen factores que facilitan su elaboración, Jorge Carpizo (2006) registra elementos de viejo y nuevo cuño al cual adherimos. Desde la historia común, la herencia cultural, el idioma, la idea de unidad o cohesión, la tradición jurídica y política similar, “la raza mestiza”, los renovados problemas comunes, la fuerza de la unión, los intentos de flexibilización, colaboración, complementación o integración económica. En cuanto a su ámbito geográfico se excluyen las regiones del norte del continente como también los países que como España y Portugal podrían haber dado el nombre de iberoamericano y se encuentran fuera de la región. Define a la región como una diversidad en tránsito a la unidad reflejo de aspectos diversos y comunes a la vez que pueden ser enfrentados mediante la acción conjunta de los Estados.

DISCURSO JURÍDICO. EL ROL DEL PODER JUDICIAL

El enfoque jurídico exige del Poder Judicial un nuevo rol como instrumento garante de las transformaciones que efectivicen las mandas constitucionales. En el cumplimiento de ellas entienden que existe un considerable retraso consecuencia de la actuación disfuncional de los poderes del Estado que incumplen su rol. En el presidencialismo encuentra el principal problema, pero tampoco el poder legislativo cumple su rol de contralor y el Poder Judicial efectúa interpretaciones disfuncionales o ha sido cooptado por corporaciones de poder.

Constituyen cuestiones fundamentales la transparencia institucional, el diálogo democrático entre los sectores sociales como el control del

poder e implementación efectiva de las reformas. El nuevo rol del Poder Judicial será entonces hacer una interpretación basada en principios que vayan más allá del texto de la ley garantizando la promoción, reconocimiento y ejercicio de los derechos influyendo en la creación y ejecución de políticas públicas.

La Corte Interamericana como intérprete final de la Convención Americana de Derechos Humanos elabora conceptos como bloque de constitucionalidad (refiriéndome a las normas de derecho público internacional y de derecho interno relativa a los Derechos Humanos) y el de un *Corpus Iuris* Latinoamericano con los cuales unifica la interpretación y la aplicación de las normas convencionales a través del control de convencionalidad. La obligatoriedad de sus decisiones y opiniones consultivas se extiende aun a Estados que no han sido parte del proceso o bien no solicitaron la intervención del organismo.

Sofía Sagüés (2016) refiere que si bien el *Corpus Iuris* Interamericano tiene en esencia la proyección de constituirse en el *Ius Commune Constitutionale* Latinoamericano, ambos conceptos no son idénticos y presentan diferencias. Entendemos que ella radica en la interpretación, ya que el primero se construye a partir de los fallos de la Corte Interamericana mientras el segundo lo hace de manera inductiva de los diversos órdenes constitucionales. El *Ius Commune* es el conjunto de mínimos que puede ser ampliado a través de la interpretación que la Corte Interamericana efectúe del *Corpus Iuris* Interamericano mediante el control de convencionalidad. La Corte se comporta, en nuestra opinión, como un órgano creador de derecho por una doble vía: a través del control de convencionalidad en los casos contenciosos que lleguen a su conocimiento como también determinando la obligatoriedad de las opiniones consultivas. El fundamento lo encuentra en la Convención de Viena (arts. 26, 27, 31 y 32), CADH y la propia jurisprudencia elaborada por la Corte.

LOS ESTADOS NACIONALES Y EL SISTEMA INTERAMERICANO

Entendemos que el surgimiento de los Estados nacionales en la región obedeció a un proceso de centralización en la cual un sector social o una entidad territorial se apropió de los recursos económicos y políticos para asegurar un principio de unidad normativa bajo la cual el resto de las unidades políticas o actores sociales debían amoldarse. Esta afirmación de Oszlak (1978) implicaba la supremacía normativa a través de la constitución y una relación de igualdad frente a los demás.

Los intentos de consolidar uniones estatales iniciados especialmente a finales del siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX tenían como punto de partida esa relación de igualdad y el respeto –al menos desde el punto de vista normativo– de los asuntos internos de cada uno. La

incorporación del derecho internacional al orden interno fue recorriendo diversas etapas entre las corrientes dualistas y monistas, sin embargo en los últimos años la tendencia fue la internacionalización del derecho interno, incorporándose en este a través de la interpretación judicial o por el texto constitucional como es el caso argentino.

Ello no le quita el carácter subsidiario al sistema interamericano como surge del preámbulo de la convención. Allí se sostiene la protección internacional como *coadyudante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos* (Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Preámbulo). Solo en ausencia de cumplimiento de los Estados de la vigencia de los derechos y garantías establecidos en la Convención el sistema está habilitado a actuar.

El art. 2 de la Convención establece el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno al orden convencional. Del Digesto obrante en la página web de la Corte Interamericana, al comentar ese artículo (<https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm>) el mencionado tribunal da las pautas para el cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados sosteniendo que es una obligación de estricto orden jurídico la obligación del Estado de adecuar su derecho interno. Ello implica dictar las normas necesarias como también suprimir las que se contrapongan con el texto de la convención.

La adecuación por interpretación del derecho interno puede no satisfacer los requerimientos de la Corte Interamericana, ni aun el texto constitucional puede serle opuesta a la Convención. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* dejó en claro esa insuficiencia al sostener que mientras la norma sigue vigente la interpretación puede variar correspondiendo la derogación. Criterio que reafirmó en el caso *La Cantuta vs. Perú*. En el Digesto citado se expresa *Asimismo, la Corte destacó en el caso Tristán Donoso vs. Panamá la importancia de adoptar las medidas necesarias para implementar una reforma constitucional. En el Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, la Corte ordenó la adopción de las medidas inclusive, si fuera necesario, constitucionales* (https://www.corteidh.or.cr/cf/themis/digesto/digesto.cfm#_Toc_273)

Los estándares están fijados por el Tribunal fruto de su competencia contenciosa como consultiva. A partir de las opiniones consultivas OC 21/14 y 23/17 la Corte Interamericana le asigna valor interpretativo obligatorio a las opiniones consultivas, razonamiento que se encuentra expresado en los considerandos 28 a 30 de la segunda opinión consultiva citada sosteniendo que el control de convencionalidad es extensivo a todos los poderes del Estado constituyendo las opiniones consultivas una fuente de interpretación segura. Vítolo (2020) en una crítica que compartimos sostiene que la ampliación de competencias se realiza sin sustento en el texto de la convención, convirtiéndose así en órgano creador de derecho que se deslinda de su fuente omitiendo las reglas de interpretación dadas por la

Convención de Viena sobre los tratados. Frente a ello los Estados no podrán oponer su derecho interno por más que provenga de una extralimitación del organismo salvo la denuncia del tratado, que además contiene elementos condicionantes. Asistimos a una ampliación de competencias por parte del tribunal interamericano que se desliga del tratado que lo creó basándose en la elaboración de su propio cuño para determinar efectos *erga omnes* a sus fallos como a las opiniones consultivas.

LAS CRÍTICAS

Las críticas a la actuación se sustentan en la vulneración a principios del derecho internacional en razón de que obliga a los Estados en un modo que va más allá del que entendieron hacerlo y contraviniendo reglas de orden público interno que son la base de la capacidad del estatal para contraer obligaciones.

Von Bogdandy (2017, p.147)) sostiene que el *Ius Commune* Lationamericano y los órganos del sistema interamericano no pretenden constituirse en un instancia suprarregional, sino asegurar la vigencia de los derechos humanos en la región a través del control de convencionalidad . A través de este la Corte Interamericana se constituye en la máxima instancia interpretativa de la Convención con lo cual es el órgano jurisdicente al cual todos los Estados deben adaptar sus derechos internos conforme con el artículo 2 antes citado. Adopta las características de un tribunal constitucional provocando por vía de interpretación mutaciones en el derecho interno de los Estados creando dificultades en ellos.

Nestor Sagüés (2010) afirma que ello trae la dificultad de establecer el mecanismo para interpretar la Convención en aquellos Estados donde no existe control difuso o bien carece de un órgano específico. Obliga a establecer reformas –incluso constitucionales– para determinar el intérprete o bien a la creación pretoriana sobre el intérprete y el modo en que se llevará a cabo. Si la Constitución es el modo en que cada comunidad política se organiza, la modificación debe surgir de su seno cuando más no por una instancia superior. Sin embargo este autor valida la supremacía del Pacto en aras al bien común internacional no sin dejar establecido que se trata de una cuestión polémica quedando únicamente la opción de la denuncia y retiro del sistema interamericano.

A partir de esta afirmación se elaboran pautas de interpretación del derecho interno a efectos de que sean conformes al orden convencional. Observamos que no es una obligación surgida del texto expreso del tratado sino una interpretación efectuada por la Corte Interamericana que incorpora un sentido a su jurisprudencia determinando cuál es la aplicación correcta de la Convención.

Esto trae aparejadas algunas consecuencias:

- a) La toma de decisiones por parte de la Corte produce una concentración de poder que modifica el derecho interno sin intervención de los órganos previstos en las respectivas constituciones como habilitados para crear derecho positivo. A través del control de convencionalidad dicho Tribunal expresa que sus decisiones no constituyen una cuarta instancia (*Caso Herzog y otros vs. Brasil*. Sentencia del 15 de marzo de 2018), pero tratándose de cuestiones referidas a los derechos humanos se halla habilitada para expedirse sobre la convencionalidad de las normas o prácticas de los Estados.

Vanossi (2018) advierte que no es admisible la derogación de parte alguna del texto constitucional por parte de tribunales externos, porque ello significaría la quiebra del sistema de supremacía constitucional. La Constitución de un Estado es la instancia máxima normativa dentro de su jurisdicción, y contiene los límites en los que se obliga, de modo que la producción del derecho positivo como la reforma constitucional deben adecuarse a los mecanismos allí previstos. De no seguirse estos lineamientos se produce una transferencia de soberanía que exceden las normas de derecho público bajo las cuales una comunidad política determinó su organización, contraviniendo el principio de que la democracia es uno de los basamentos para garantizar los derechos humanos, ya que traslada del órgano local a uno de carácter supranacional el modo de interpretar y producir el derecho interno.

Esta situación ha sido anotada en el voto en disidencia del Ministro Fayt en el caso *Arancibia Clavel* (Fallos 328:341), donde se discutió la imprescriptibilidad de la persecución penal por delitos de lesa humanidad en forma retroactiva, con un elocuente análisis histórico respecto de los antecedentes constitucionales indicó que el instituto de la prescripción es de orden público y que la capacidad de obligarse por parte del Estado está limitada por los principios de tal carácter. Nótese también que menciona el margen de apreciación nacional como un aspecto relevante del ámbito de actuación de los órganos supranacionales. Recientemente la cuestión fue nuevamente objeto de debate en la causa *Fontevicchia* (CSJ 368/1998 (34-M)/CS1) donde la Corte Suprema de Justicia Argentina mitigó haciendo referencia a los principios de orden público local y el margen de apreciación nacional los alcances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha decisión sirvió de base para enfatizar los estudios del margen de apreciación nacional.

Estas tensiones existen también en la Comunidad Europea; el Tribunal Constitucional Alemán primero en la causa *Maastricht* y recientemente en la causa *Weiss* determinó la prevalencia de sus principios de orden público al determinar que el alcance de los compromisos estatales tiene como límite los términos en los que el Estado entendió obligarse. Si la delegación implicara alterar los principios de ese orden, llevaría a la desaparición de la comunidad política.

Sarrión Estevez (2020) referencia la doctrina de los contralímites constitucionales del Tribunal Constitucional Alemán diferenciando la referida a la protección de los derechos fundamentales (caso Solange II), a la reserva de la identidad nacional y al control *ultra vires* que se asienta en el control de las incompetencias y a la capacidad de decidir la propia por parte del Tribunal Europeo.

La capacidad de constituirse en la máxima instancia normativa es también el primer paso para la unificación del derecho y el surgimiento de un nuevo Estado, con claridad singular afirmaba Jellinek (1981, p. 201) que *Ha sido, pues, el proceso primario de la formación de los Estados, al propio tiempo, un proceso de formación del Derecho; de suerte que, históricamente, Estado y Derecho han estado desde el principio enlazados uno con otro.*

b) Otra crítica que consideramos fuerte es que la interpretación efectuada por los integrantes del sistema interamericano pueden expresar posturas propias que se traducen luego en la imposición de pautas culturales o valores que no son los vigentes en las sociedades que pretende regir. En sus diversas orientaciones respecto de entender los derechos humanos, su alcance, las reglas y los estándares elaboran un nuevo lenguaje jurídico que remiten a nuevos conceptos, los que a su vez resignifican los valores y las instituciones.

La opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana afirmó que el texto de la Convención debe ser objeto de una interpretación evolutiva (considerandos 58 y 187) y que todas las instituciones deben ser interpretadas a la luz de los nuevos significados que se elaboren. Redefinió el concepto de familia para validar el matrimonio entre las parejas del mismo sexo porque su oposición se sustenta en concepciones religiosas o filosóficas ya reprimidas. La consecuencia es que los Estados deben garantizar a través de su ordenamiento jurídico el matrimonio entre las personas del mismo sexo.

Tanto Néstor Sagüés (2018) como Gelli (2018) manifiestan los límites que tiene el concepto de interpretación evolutiva efectuado. La interpretación judicial no es neutral, sino que en alguna medida el intérprete subjetiva en ella la escala de valores a las cuales adscribe. El primero de los autores citado expone que en la interpretación de la Convención la Corte realiza tal labor en desmedro y aun en contra de la comunidad. Gelli (2018), advirtiendo la intensidad evolutiva de la Corte, cita el voto en disidencia del juez Eduardo Vío Grossi cuando este refiere aquí la Corte sin dar explicaciones sobre cuáles son las convicciones filosóficas o religiosas que no son adecuadas; para interpretar la convención reemplaza a ellas por una propia.

Entendemos que la Corte parte de una concepción disvaliosa de los aportes a la vida social que pueden hacer la tradición y la religión, tratando de desligar cualquier tipo de interpretación de los derechos desvinculándolos de sus raíces históricas y reemplazándolos por un único modo de concebir la vida social basada en su propia opinión.

David Kennedy (2004) critica el funcionamiento y teleología de los movimientos de derechos humanos sosteniendo que ellos expresarían en la ideología, ética y práctica política un particular liberalismo occidental que cuando son trasladados a otras experiencias locales invalidan el accionar de esa comunidad local en el reconocimiento de sus derechos. De Casas (2019), refiriéndose a los funcionarios de la ONU pero que entendemos aplicable a la Corte Interamericana, pone de manifiesto lo expuesto antes, ya que los funcionarios están influenciados por aquellos lugares en los que fueron formados intelectualmente. De allí que Pegoraro (2020) sostenga la necesidad para el estudio del derecho comparado considerando no solo las abstracciones normativas sino aquello que influencia en la práctica cotidiana la aplicación del derecho para facilitar la comprensión y el diálogo jurídico entre cortes.

Es válido entonces preguntarse hasta qué punto la interpretación que hacen los integrantes del sistema interamericano representan un adecuado respeto a las comunidades o bien implican una postura personal expresada en modo de discurso jurídico utilizado como un mecanismo para transformar pautas culturales y valores.

- c) Unido a lo anterior entendemos se produce una disminución de toda participación de la comunidad política en el ámbito de la toma de decisiones respecto de su futuro al alejar a sus representados de los mecanismos de decisión. Las constituciones o la elaboración del derecho no es solo una cuestión de abstracciones sino que responden a una cultura jurídica y social determinada.

Los derechos son históricos y refieren también al modo en el que una comunidad se expresa materialmente en sus relaciones jurídicas y construye la trama de la cultura jurídica en un lugar y momento determinado como enseña Martiré (1977, p. 20), incluso en el proceso de transformación de las sociedades hispanoamericanas Lemperiere (2019) resaltó las dificultades de la conformación del orden político y jurídico partiendo del liberalismo.

En la causa penal *Miguel Castro Castro vs. Perú* del 25 de noviembre de 2006 se estableció en el punto 16 del capítulo 17 como reparación simbólica la inclusión del nombre de las víctimas en el monumento denominado El Ojo que Lloro, generando críticas hacia la Corte por cuanto la comunidad entendía que se había excedido en esa disposición. De similar tenor es la sentencia recaída en el caso Gelman –https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf–, donde ante

una ley sancionada por el Estado uruguayo de caducidad de la persecución penal, avalada por el máximo tribunal de ese país y plesbicitada luego por la sociedad uruguaya fue anulada por la Corte Interamericana. Argumentó que la ley ratificada por la ciudadanía no le concede legitimidad ante el derecho internacional y que el régimen democrático tiene características formales y sustanciales que van más allá del ejercicio del sufragio debiendo a través del control de convencionalidad garantizar existiendo un límite para lo que puede ser decidido por la mayoría (considerandos 238 y 239).

Gargarella (2013) critica la resolución de la Corte entendiendo que debió haber distinguido las distintas amnistías llevadas a cabo en el continente luego del retorno a la democracia y no invalidar sin dar argumentos consistentes. Lo que a su parecer lleva el problema de que derechos pueden ser discutidos dentro de la democracia y si la privación de la libertad es el único modo de castigo. Entiende que es exclusivo de la comunidad la autodeterminación y que principios fundamentales van a ser el basamento de sus instituciones, sin intervenciones externas y sujeto al libre albedrío de sus miembros.

Con el precedente de Gelman la Corte invalida las resoluciones que le competen a la comunidad política en exclusividad limitando el proceso de consulta de legitimación de la soberanía popular. Asume la postura que existen temas o asuntos de la comunidad política en particular que no pueden ser objeto de discusión, restringe la capacidad de decidir cómo procesar las deudas del pasado, dejando de lado el principio de autodeterminación de los pueblos. Resaltamos la significancia de los derechos humanos como fundamento del orden estatal, sin embargo los modos de organización –salvados los derechos– corresponden a cada comunidad política en particular.

En la región, la democracia es la forma de gobierno al cual todos los Estados se comprometieron suscribiendo la Carta Democrática Interamericana en Lima en el 2001 (https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm), y para que ella sea efectiva requiere la participación activa de los ciudadanos. Implica involucrarse en el bien común, que el ciudadano tenga la posibilidad real y efectiva de participar en la toma de decisiones. Constituye aporía, que a la vez reclama la participación de la ciudadanía y se restringe el contenido de la decisión. Crítica que compartimos con Arnossi (2017), aludiendo además este autor el escaso control que tienen los ciudadanos en la elección de los jueces interamericanos.

- d) Se alude como fundamento para validar las decisiones de la Corte Interamericana, la existencia de un bien común internacional como instancia superior. Néstor Sagüés (2017 y 2018) limita el concepto de soberanía tomado de Bodín, ella se dirige a obrar sin arbitrariedad y al bien común con lo que deduce la existencia de un bien común

interamericano compuesto por el sistema interamericano de derechos humanos. Con la incorporación de los tratados de derechos humanos a los textos constitucionales, se afirma la supremacía del derecho internacional que tienen los tratados de derechos humanos poniendo en el centro de la protección al ser humano y este sacando protagonismo a los Estados como sujetos del derecho internacional.

Sergio Castaño (2015), en opinión que compartimos, refuta la idea de Alfred Verdross sobre la sujeción del derecho interno al derecho internacional en aras del bien común. Ello implica la desaparición de las comunidades políticas como tales, ya que la paz y la seguridad son solo medios para la obtención de ese bien mas no un fin en sí mismo. Argumenta que los textos constitucionales obedecen a consensos existencialmente aceptados por las comunidades productos conforme a su propio modo de ser. La convivencia, en la tradición clásica, es de orden natural pero el modo de organización es de derecho positivo propio de cada comunidad. El principio de subsidiaridad exige de unidades que formando un mismo cuerpo, la entidad superior no puede ejercer funciones que le son propias de la comunidad inferior y en caso de hacerlo, está en el ámbito de su competencia, porque el bien común de la entidad superior debe prevalecer. Estas relaciones de subordinación que no se dan en las relaciones internacionales donde solo se ha delegado una porción de las competencias soberanas mas no la totalidad.

La ampliación de la competencia, la obligatoriedad con efecto *erga omnes* de las sentencias y opiniones consultivas con fundamento en el bien común internacional quedan por fuera del orden jurídico internacional vigente que se construye bajo la noción de igualdad.

e) Se cuestiona también que en su actuación los órganos del sistema interamericano en ocasiones contribuyan a generar inestabilidad institucional en tanto representen una visión política de los derechos humanos. El 23 de abril de 2019 Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay (texto extraído de la revista *Forum*, Nro.7, 2019, 115-118) efectuaron una declaración sobre el sistema interamericano de derechos humanos. Rescatando los logros obtenidos hasta allí, el compromiso de seguir bregando por ellos pero también reclamando el respeto al principio de subsidiaridad tomando en consideración que los derechos humanos son a la luz de ese principio un deber y un derecho del Estado. Defendieron la necesidad de agotamiento de las instancias locales antes de pasar al sistema regional y el estricto acatamiento a las fuentes del derecho internacional, el reconocimiento del margen de apreciación nacional y las sentencias limitadas a las partes intervinientes. En esos Estados, la apresurada labor de la Comisión como la opinión de algunos integrantes de la

Corte Interamericana generó conflictos políticos internos, lo que motivó el reclamo de las cancillerías.

Esta situación no es extraña aun para entidades o autores que defienden el rol actual de los organismos del sistema. La fundación Konrad Adenauer Stiftung en un informe elaborado por Marie Christine Fuch (2018) pone de manifiesto si la Corte Interamericana toma en consideración el momento en que emite sus decisiones, el alcance de ellas y cómo afecta el derecho interno. Propone que debe merituar el alcance político de sus decisiones saliendo de su torre de marfil, expresión textual del informe. Hurst Hannum (S.F.) en su artículo Salvar los Derechos Humanos se plantea sobre los motivos por los que la causa de los derechos humanos se encuentra perdiendo apoyos respondiéndose que uno de los motivos es la promoción de causas personales o de grupos desvinculados de los derechos humanos contribuyendo a deslegitimar esa protección.

Entendiendo la historicidad de los derechos, representando la cultura jurídica del momento, pretender fundar el respeto en los derechos humanos en abstracciones teóricas desentendiéndose de esos presupuestos solo contribuye a la deslegitimación del movimiento, alentando movimientos políticos que su plataforma es la denuncia de la Convención Americana.

CONCLUSIONES

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha constituido un gran avance en la región, de las más desiguales del mundo y con largos períodos de inestabilidad institucional. Aun en contextos desfavorables pretendió dar respuesta a los problemas planteados, con el retorno de la democracia a la región la índole de ellos varió exigiendo nuevas soluciones. La similar tradición histórica y jurídica sirvió como punto de partida para el abordaje y planteo de soluciones desde lo jurídico a problemas que se revelaban –y lo hacen aun– como sustanciales. El constitucionalismo transformador busca responder a ese desafío elaborando un *lus Commune* regional basado en el respeto de los derechos humanos.

Es evidente que su labor obliga a replantear los términos de la relación entre los Estados nacionales con los organismos creados por ella. Conceptos como constitución y soberanía nacional son redefinidos desde la perspectiva de esta corriente omitiendo que el sistema internacional tiene aun como protagonistas Estados nacionales y estos se obligan dentro de las reglas de orden público interno establecidas en sus respectivas constituciones.

Consideramos que no es posible omitir el carácter subsidiario del sistema ampliando *motu proprio* su competencia –sin sustento en la letra de la Convención– y estableciendo el carácter obligatorio de sus opiniones consultivas además del efecto *erga omnes* de sus sentencias. Se constituye

así en el primer paso para la creación de una organización suprarregional a partir de reservar para sí la facultad de decir el derecho, característico de una potestad soberana. Se excede también al interpretar el sistema de los derechos humanos acogiendo principios de *soft law* –por ejemplo en la OC 24/17 los principios de Yogyakarta de marzo de 2007– en la cual los Estados no tuvieron la oportunidad de evaluarlos a los efectos de determinar los alcances de su obligación. Entendemos acertada aquellas interpretaciones como la dada por el Tribunal Constitucional alemán en la defensa de los principios de orden público como las otras referencias internas expuestas aquí.

Excede el ámbito interpretativo de la Corte aquellos temas relativos a la ética y a la moral, porque salvados los derechos fundamentales de las personas, están reservados a cada comunidad política. En la elaboración del *Corpus Iuris* Iberoamericano deben estar representadas todas las visiones cuidando también las representadas por las tradiciones de las comunidades políticas y no solo la representada por sus miembros que pueden –por falta de responsabilidad ante quien responder– expresar la suya propia. Urge un diálogo más frecuente entre las Cortes nacionales y la del sistema interamericano con el debido respeto del margen de apreciación local para una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas.

REFERENCIAS

- Arnossi, C. (2017). *Filosofía del Derecho: Supremacía de la Constitución y de sus órganos frente a una centralización jurídica en crecimiento*. El Derecho - Filosofía -, Tomo 273, 1148. Cita Digital: ED- DCCLXXVI
- Carpizo, J. (2006). *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. 2006 (pags.265-308). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/18.pdf>
- Castaño, S. (2015). *La Idea de una Autoridad Política Mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política*. Foro, Nueva época. Vol 18, num. 1 (2015) (pags. 27-60). [Http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2015.v18.n.49690](http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2015.v18.n.49690)
- De Casas, I. *¿Que son los estándares de derechos humanos?* Revista Internacional de Derechos Humanos. 2019, Vol. 9, Nº 2 (pags. 291-301) <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ridh/article/view/711>
- Fuchs, M.C. (2018) *¿Está la Corte Interamericana de Derechos Humanos a punto de convertirse en actor político? Desde el matrimonio entre personas del mismo sexo hasta el indulto a Fujimori*. Konrad Adenauer Stiftung. (https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=14167511-974e-b77d-5bd9-65a2f347c1b9&groupId=252038)
- Gargarella, R. (2013). *Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman*. https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/125/
- Gelli, M.A. (2018). *La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable?.* La Ley 27/08/2018. LALEY 2018-D, 1033. TR LALEY AR/DOC/1645/2018

- González Morales, F. (2019). *La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. REIB: Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 13, Nº. Extra 3, 2019 (pags. 84-107). https://www.urjc.es/imagenes/ceib/revista_electronica/vol_13_EE/REIB_13_EE_Art.%205.pdf
- Hannum, H. (S.F). *Salvar los Derechos Humanos*. <https://www.openglobalrights.org/saving-human-rights/?lang=Spanish>.
- Jellinek, G. (1981). *Teoría General del Estado*. Editorial Albatros.
- Kennedy, D. (2004). "El movimiento internacional de los derechos humanos ¿parte del problema?". *THEMIS: Revista de Derecho*, Nº 48, 2004 (pags. 149-165). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9633>
- Lempérière, Annick (2019). "El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho". *Revista de historia del derecho*, (57), 117-156.
- Martiré, E. (1977). *Consideraciones metodológicas sobre la Historia del Derecho*. Editorial Perrot.
- Pegoraro, L. (2020). *Imposición cultural, la búsqueda de denominadores comunes y la misión comparatista? de las revistas de derecho constitucional*. El Derecho - Constitucional, Agosto 2020 - Número 8, Fecha: 31-08-2020. Cita Digital: ED-CMXXIV-750.
- Sagüés, M.S. (2016). *Ius Commune Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano : ¿Simbiosis u oposición?*. en *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*. (pags. 95-124) . Mario A.R. Midón. Contexto Libros.
- Sagüés, N. (2010). *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad I International obligations and "conventionality control"*. *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1, 2010 (pags. 117-136). <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- Sagüés, N. (2017). *El rescate histórico del concepto de soberanía y su compatibilidad con el derecho internacional*. *El Derecho*, Diario. Tomo 275. 14/-11/2017. Cita Digital: ED-DCCLXXVI-987.
- Sagüés, N. (2018). *La convención viviente en la opinión consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Ley 29/05/2018 La Ley 2018-C, 159. TR LALEY AR/DOC/961/2018
- Santiago, A. (2019). "La Corte IDH y su Dinamismo Institucional a lo Largo de sus Cuatro Primeras Décadas". *Persona y Derecho* (Separata). Nro. 81 (julio / diciembre). (pags. 275-295).
- Sarrion Esteve, J. (2020). "El Retorno de los Límites Constitucionales a la Primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la constitución alemana". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 34. Julio-Diciembre de 2020. http://www.ugr.es/~redce/REDCE34/articulos/03_SARRION.htm#resumen
- Vanossi, J. (2018). *Ante la pretenciosidad del "control de convencionalidad"*. *Sup. Const*, 2018 (septiembre), LA LEY 2018-E-859. TR LALEY AR/DOC/1813/2018
- Vítolo, A. (2020). "El Valor de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17 (El "canto del tero" u otro ladrillo más en la pared de la doctrina del control de convencionalidad)". *Revista Jurídica Austral*. Vol.1, Nº1 (junio de 2020). (pags. 187-217).
- Von Bogdandy, A.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales Antoniazzi, M.; Piovesan, F. y Soley, X. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador en Ius Constitutionale*

Commune en América Latina (pags. 17-55). Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coordinadores. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Von Bogdandy, A. (2017). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual en *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (pags. 137-177). Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.