

ACTIVISMO JUDICIAL, PUNITIVIZACIÓN Y NACIONALIZACIÓN. TENDENCIAS ANTIDEMOCRÁTICAS Y ANTLIBERALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ezequiel Malarino

RESUMEN. El trabajo examina críticamente ciertas tendencias actuales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Para el autor, los rasgos salientes de esta jurisprudencia pueden condensarse en las siguientes voces: activismo judicial, punitivización y nacionalización. Con *activismo judicial* el autor se refiere a la modificación judicial del derecho interamericano, esto es, a todos los casos en que la Corte introduce una nueva norma en el sistema interamericano, no pactada por los estados, o altera o suprime una norma pactada. Con *punitivización* hace referencia al reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos de la víctima que no están escritos en la Convención Americana y que neutralizan derechos fundamentales de la persona sometida a proceso penal consagrados explícitamente en ella. Con *nacionalización* alude a la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparaciones, en funciones de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas nacionales fuertemente expresivas de la soberanía estatal. El autor discute estas tres tendencias y alerta sobre su contenido antidemocrático y antiliberal.

ABSTRACT. This study is a critical examination of certain current trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The author considers that the salient features of this jurisprudence can be summed up as judicial activism, punitivism and nationalisation. By *judicial activism* he refers to the judicial modification of Inter-American law, that is, all of those cases in which the Court introduces a new rule which was not agreed upon by the states, or alters or eliminates a rule included in the pacts of the Inter-American system. By *punitivism* the author refers to the judicial declaration of new rights of victims which are not set forth in the American Convention and which neutralise the fundamental rights of the accused which are explicitly enshrined in the Convention. By *nationalisation* he refers to the Court's interference, through its rulings on compensations, in some functions of the

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

national judicial, legislative and executive authorities which are highly expressive of national sovereignty. The author discusses these three trends and warns about their antidemocratic and anti-liberal content.

1. “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the Supreme Court says it is.*” La célebre frase pertenece a Charles Evans Hughes,¹ antiguo juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y da cuenta de un modo bien preciso de concebir la función del juez en la identificación del derecho. Esta frase sugiere que los jueces, especialmente aquellos de los tribunales supremos en razón de estar investidos de la autoridad final para decir qué es el derecho, no están sujetos a las reglas y, en ese sentido, expresa el modo de concebir la función judicial de una vertiente del realismo jurídico norteamericano. Este tipo de escepticismo ante las reglas niega a la formulación cualquier contenido significativo, porque el derecho sería en última instancia aquello afirmado irrevocablemente en la sentencia.² La conocida afirmación del obispo Hoadley describe a la perfección este punto de vista: “Quienquiera que tenga el poder absoluto para interpretar las normas, escritas u orales, es él el verdadero legislador para todos los fines y propósitos y no la persona que primero las escribió o formuló”.³

En un trabajo publicado pocos años atrás, el juez Sergio García Ramírez, una de las figuras más prominentes y emblemáticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizó la famosa frase de Hughes para describir el rol de los jueces del

¹ Charles Evans Hughes: *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York (1906-1908)*, Nueva York: Putnam's Sons, 1908, p. 139 (“Speech before the Chamber of Commerce”).

² Sobre las diferentes formas de escepticismo ante las reglas, cf. Herbert Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió, pp. 169 ss.

³ Citada, entre otros, en Hart: o. cit., pp 175 s; Scott Gordon: *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to today*, Harvard University Press, 2002, p. 350, nota 32 (“Whosoever hath [sic] an absolute power to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first spoke or wrote them”).

EZEQUIEL MALARINO

tribunal interamericano.⁴ Según García Ramírez, la Convención Americana de Derechos Humanos no sería otra cosa que lo que la Corte Interamericana dice que es. Esta manera de concebir la función judicial y el derecho está muy presente en la jurisprudencia del tribunal interamericano, aunque no siempre los jueces lo confiesen abiertamente. Es difícil encontrar en una sentencia una confesión tan clara como la de García Ramírez recién citada. Con todo, y como más adelante mostraré, en algunos casos la Corte Interamericana sí parece reconocer su rol creativo y, lo que es más importante, un análisis de sus decisiones muestra que ella con frecuencia decide sin un claro apoyo en la Convención y que esto ocurre en muchas más ocasiones de las que ella misma reconoce. En todo caso, siempre conviene distinguir entre lo que los jueces dicen que hacen y lo que hacen realmente.⁵

Reconocida o no, esa visión sobre el derecho hizo que la Corte Interamericana, con los años y principalmente en los últimos diez,⁶ fuera convirtiendo a la Convención Americana⁷ en un texto muy distinto a aquel que aprobaron los Estados que participaron en la Conferencia de San José. “[A] fuerza de sentencias”,⁸ la Corte Interamericana fue reescribiendo la Convención Americana tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona como en asuntos referidos a la competencia y la función del tribunal: ella creó nuevas reglas o nuevos derechos humanos o modificó algunos existentes,⁹

⁴ Sergio García Ramírez: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 5.

⁵ La divergencia entre lo que dicen los jueces y lo que hacen es resaltada por varios autores; cf. tan solo Eugenio Bulygin: *El positivismo jurídico*, México: Fontamara, 2006, pp. 115 s; Robert Justin Lipkin: “We are all judicial activists now”, en *University of Cincinnati Law Review*, n.º 77, 2008, p. 197.

⁶ Este período coincide en líneas generales con las presidencias de los jueces Antônio Cançado Trindade (1999-2004) y Sergio García Ramírez (2004-2007).

⁷ En adelante, en ocasiones voy a utilizar el término *Convención Americana* para referirme a todo el derecho interamericano cuyo control está a cargo de la Corte Interamericana.

⁸ García Ramírez: o. cit., p. 13.

⁹ Por ejemplo, la regla que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41-44) o bien crímenes internacionales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 105-129 y 151); la regla que prohíbe la prescripción de violaciones de los derechos humanos (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 116-117), de graves violaciones de los derechos humanos (entre otros, caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41); de muy graves violaciones de los derechos humanos (caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, § 111) o de crímenes internacionales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151-153); la regla que restringe la aplicación del *ne bis in idem* en caso de descubrir nuevas pruebas luego de la sentencia definitiva (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154); la regla que limita la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en ciertos casos (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151 y caso *La*

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

extendió su competencia sobre hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Americana para el Estado en cuestión,¹⁰ extendió la eficacia jurídica de sus decisiones contenciosas más allá del caso concreto¹¹ o bien respecto a estados que no habían intervenido en el proceso internacional,¹² intensificó el valor de su jurisprudencia¹³ y amplió desmesuradamente aquello que puede ordenar a los estados como reparación de una violación de la Convención Americana.¹⁴ A través de toda esta jurisprudencia, la Corte Interamericana extendió en gran medida, por un lado, su *poder de control* (ampliación de la base jurídica y temporal —y con ello fáctica— sobre la cual

Cantuta contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226); la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso (caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 149); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a la verdad (entre muchos otros, casos *Velásquez Rodríguez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, § 181, y *Godínez Cruz contra Guatemala*, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, § 191); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a que el derecho a la verdad sea logrado a través de procesos judiciales (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 150); la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular (opinión consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999, sobre *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, § 137); la regla de que las víctimas y sus familiares deben tener amplias facultades para actuar en el proceso interno (entre otros, caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de supervisión de cumplimiento de sentencia, 8 de agosto de 2008, § 14; caso *Escué Zapata contra Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, § 166).

¹⁰ Cf. caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 42-50. En este caso, la Corte sostuvo que era competente para conocer sobre la responsabilidad internacional del Estado chileno por la omisión de perseguir penalmente a los autores de un homicidio ocurrido en 1973 fundada en la aplicación de una ley de amnistía de 1978, a pesar de que ese Estado ratificó la Convención Americana en 1990. La Corte consideró que tenía competencia para conocer si la omisión de anulación de la ley de amnistía y la falta de persecución de los autores a partir de 1990 violaba la Convención. Con este artilugio, la Corte pudo decidir sobre un hecho y una ley anteriores a la ratificación de la Convención por dicho país. Esta interpretación amplísima de las reglas de la competencia temporal permitiría a la Corte decidir casos ocurridos hace cientos de años invocando tan solo que la omisión de reparación perdura hasta nuestros días. Una interpretación de este tipo, en verdad, anula la prohibición de aplicación retroactiva de la Convención.

¹¹ Cf. caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia interpretativa, 3 de septiembre de 2001, punto 2 de la parte resolutive y § 18, y caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, punto 6 de la parte resolutive.

¹² Cf. caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 5 de la parte resolutive. En este caso, la Corte ordenó a todos los estados partes en la Convención juzgar en su territorio o extraditar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos allí constatadas. Similar, aunque no tan categórico, en el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 227.

¹³ Cf. la resolución de la Corte Interamericana de 24 de junio de 2005 sobre *Solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, donde la Corte señala que su jurisprudencia “debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas” (§ 13), o bien la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los Estados deben analizar la compatibilidad de su ordenamiento interno con la Convención Americana teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana (cf., entre otros, caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 124).

¹⁴ Cf. notas 53, 56, 57 y 73.

EZEQUIEL MALARINO

puede pronunciarse) y, por el otro, su *poder de imposición* (ampliación de lo que puede ordenar como reparación y de los casos en que puede hacerlo). Estos cambios, y principalmente el último, alteraron en tal medida su fisonomía como tribunal judicial que hoy es posible constatar una suerte de metamorfosis de la Corte Interamericana.

Puedo condensar los rasgos salientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los últimos años con las siguientes voces: *activismo judicial*, *punitivización* y *nacionalización*. Con la primera me quiero referir a la cuestión de la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación (necesidades, por supuesto, constatadas por los mismos jueces). Con la segunda, esencialmente, al reconocimiento de nuevos derechos de la víctima (y de nuevas reglas derivadas de estos derechos) que no están escritos en la Convención Americana y que terminan por neutralizar derechos fundamentales de la persona sometida a proceso, estos sí consagrados explícitamente en ella. Con la tercera, a la intromisión de la Corte Interamericana, por medio de las sentencias de reparaciones, en funciones de las autoridades judiciales, legislativas y ejecutivas nacionales fuertemente expresivas de la soberanía estatal. En este trabajo voy a discutir estas tres tendencias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y alertar sobre su contenido antidemocrático y antiliberal.

Activismo judicial

2. El primer y más importante rasgo que observo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es su marcado activismo judicial. Por *activismo judicial*¹⁵ entiendo la modificación judicial del derecho con el fin de actualizarlo a las necesidades sociales del momento de la aplicación. Con ello me voy a referir, concretamente, a todos los casos en que la Corte introduce en el sistema interamericano una nueva norma no pactada por los estados o altera o suprime una norma pactada. Es indiferente para el punto aquí tratado que la Corte aplique un tratado internacional, la costumbre internacional, una regla ampliamente aceptada en los estados americanos o una norma inventada judicialmente, pues en todos estos casos la Corte decide sin seguir las reglas del derecho interamericano. El sistema interamericano, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no abre sus sistemas de las fuentes a todo el derecho internacional.

¹⁵ Sobre los diferentes conceptos con que se usa el término *activismo judicial* remito a Lipkin: o. cit., pp. 182 ss. y la nota 8.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La jurisprudencia de la Corte Interamericana proporciona numerosos ejemplos de activismo judicial: la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), la regla que prohíbe la prescripción de ciertos delitos (violaciones, graves violaciones, muy graves violaciones de los derechos humanos o bien crímenes internacionales), la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el *ne bis in idem* en caso de nuevas pruebas, la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular, la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a estados que no participaron en el proceso internacional, etc. Algunas fueron efectivamente usadas para decidir casos y otras afirmadas en *obiter dicta*.

Con esto, desde luego, no estoy diciendo que la Corte normalmente decida sin seguir las reglas de la Convención Americana (personalmente creo que la mayoría de las veces sí se sujeta a estos textos, aunque en una cantidad significativa de casos no lo ha hecho). Pero en este trabajo no me propongo verificar *empíricamente* si la Corte normalmente decide sin seguir las reglas de la Convención Americana o si (como creo) normalmente decide siguiéndolas, sino únicamente discutir si ella *normativamente* puede decidir casos (que sean pocos o muchos no importa) con base en reglas que no se derivan de la Convención Americana.

a) Antes de analizar el problema del activismo judicial conviene mostrar en qué medida la Corte reconoce que es activista. Al comienzo de este trabajo anticipé que la Corte Interamericana no siempre reconoce que decide los casos (al menos algunos de ellos) sin seguir las reglas de la Convención y que su decisión, en gran medida, es producto de discreción. Este desarrollo va a servir, por otra parte, para mostrar con más detalle algunos ejemplos de activismo judicial.

- i) En algunas ocasiones, la Corte sostiene que la norma identificada en el caso concreto se deriva de una interpretación *textual* de la Convención, aunque el texto que cita en apoyo no pueda ofrecer ningún respaldo a la conclusión defendida. Un ejemplo elocuente se encuentra en la decisión más famosa de la Corte Interamericana, la sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos contra Perú*. Como es conocido, allí la Corte

EZEQUIEL MALARINO

Interamericana derivó una prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención. La Corte dijo, incluso, que una ley de amnistía es manifiestamente incompatible con la “letra” de esas disposiciones.¹⁶ Pero ninguna de estas disposiciones es capaz de contener semánticamente una regla con tal contenido. Seguramente, la Corte Interamericana tuvo que camuflar esa nueva norma dentro de las disposiciones de la Convención, porque ella solamente está facultada para controlar violaciones de la Convención. En efecto, según el artículo 63 de la Convención Americana, la Corte solo está autorizada a declarar la responsabilidad internacional de un Estado si constata, previamente, la lesión de una disposición de la Convención por parte de ese Estado. En el caso *Barrios Altos*, en verdad, la solución de anular las leyes de amnistía había sido propuesta por el Estado peruano y aceptada por la Comisión Interamericana en la audiencia de solución amistosa, y la Corte Interamericana se había limitado a homologar la solución consentida por las partes y encontrarle una base normativa en la Convención. Posteriormente, la Corte Interamericana reiteró la regla *Barrios Altos* (“está prohibido amnistiar graves violaciones de los derechos humanos”) en numerosas oportunidades y la aplicó en casos en que el Estado no había reconocido su responsabilidad.¹⁷ La regla *Barrios Altos* es un claro ejemplo de una norma creada judicialmente, pese a que la Corte Interamericana diga que ella fluye de la letra de la Convención. En otra ocasión he dicho, para graficar el asunto, que derivar de los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana una prohibición de amnistiar es tan persuasivo como derivar del derecho a la propiedad el derecho a no declarar contra sí mismo.¹⁸

- ii) A veces, la Corte intenta encubrir la creación judicial de derecho “derivando” reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como

¹⁶ Caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 43. Un ejemplo idéntico en relación con la garantía del *ne bis in idem* se encuentra en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154. Para este ejemplo véase infra, punto 3.i.

¹⁷ Así en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 105-114.

¹⁸ Ezequiel Malarino: “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, punto X, en revista electrónica *El Dial*, 14 de septiembre de 2009.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

la “idea de justicia objetiva”, las “leyes de humanidad”, el “clamor universal”, o la “conciencia jurídica universal”.¹⁹ Este tipo de justificación es recurrente en los votos del juez Cançado Trindade y el caso *Barrios Altos* nos ofrece un ejemplo. Cançado Trindade sostuvo allí que las leyes de amnistía lesionaban la “conciencia jurídica de la humanidad” y por ello carecían de efectos jurídicos. Es probable que el recurso a este tipo de justificaciones iusnaturalistas esté preordenado a evitar la crítica de que la solución propiciada (en el caso, una regla que prohíbe el dictado de leyes de amnistía) no puede sustentarse en el texto de la Convención Americana. Más adelante argumentaré en contra de que la Corte Interamericana pueda fundar una decisión con base en reglas que no pertenecen a uno de los instrumentos interamericanos sobre los cuales tiene poder de control, aunque ellas pudieran existir en el derecho internacional contractual o general.²⁰ Aquí me basta decir que la absoluta abstracción de estos conceptos permite al intérprete hacerles decir lo que él quiere que digan. Por ello, quien apoya reglas jurídicas en tal tipo de meta-conceptos no “encuentra” el derecho, sino que lo crea; y quien así hace, solo viste el decisionismo judicial con un disfraz iusnaturalista.

- iii) Otras veces, la Corte se muestra más cercana a reconocer una actividad creativa, como cuando se refiere a la Convención Americana como un “instrumento viviente” que debe interpretarse de manera “evolutiva”, “progresiva” o “dinámica”. Un análisis de los casos en los cuales la Corte recurre al método de la “interpretación progresiva” muestra que ella emplea este concepto en dos sentidos diversos. A veces, con “interpretación progresiva” se alude a una *interpretación del texto* que tiene en cuenta el significado objetivo del término en el momento de su aplicación; otras, a un método de “actualización del pacto jurídico” que autoriza al juez a *renovar el texto* según las necesidades sociales del momento. En la discusión sobre interpretación del derecho el concepto de *interpretación progresiva* es utilizado en los dos sentidos recién mencionados, pero estos sentidos designan evidentemente procesos de identificación del derecho bien diversos. La diferencia entre una interpretación progresiva del primer tipo (que aquí designaré *auténtica*) y una del

¹⁹ Caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 15 y 24-26.

²⁰ Sobre la inexistencia de una costumbre internacional sobre la prohibición de leyes de amnistía a la época de los hechos del caso *Barrios Altos*, cf. Malarino: o. cit., punto X y nota 17.

EZEQUIEL MALARINO

segundo (que llamaré *tergiversada*) reside en que en la primera el texto sigue sirviendo de fundamento y a la vez de límite de la actividad del juez (con la consecuencia de que el resultado puede ser aún atribuido al texto y, por eso mismo, podemos hablar de *interpretación*), mientras que en la segunda de lo que se trata es de modificar el texto o de incorporar una nueva norma jurídica para tener en cuenta nuevas realidades o necesidades del tiempo de la aplicación (y aquí el resultado ya no puede ser atribuido al texto y, por eso, no podemos seguir hablando estrictamente de *interpretación*). La Corte Interamericana emplea el concepto de *interpretación progresiva* en ambos sentidos, aunque no parece ser consciente de la distinción. Por ejemplo, habla de “interpretación progresiva” tanto cuando sostiene que el término “bienes” del artículo 21 de la Convención Americana incluye no solo los bienes de las personas individuales sino también los bienes de propiedad comunal de las comunidades indígenas con base en el entendimiento actual del concepto de propiedad (interpretación progresiva auténtica),²¹ como cuando establece que el derecho del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular,²² que no se encuentra reconocido en ningún texto jurídico cuyo control esté asignado a la Corte Interamericana, forma parte de un genérico y nebuloso concepto de debido proceso —las reglas de la Convención Americana que protegen el debido proceso ciertamente no lo incluyen; las “debidas garantías” de las que habla esa disposición son aquellas expresadas en la Convención²³— (interpretación progresiva tergiversada). El ejemplo muestra claramente que en el primer caso la solución todavía puede apoyarse en el texto de la Convención, pero en el segundo no (en este último caso es irrelevante que la Corte no haya “inventado” esa nueva regla sino aplicado el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues ella no tiene competencia para controlar ese tratado y, por consiguiente, al utilizar esa disposición no decide con base en

²¹ Caso *Comunidad Mayanga (Sumo) Awás Tingni contra Nicaragua*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001, § 148.

²² Así, opinión consultiva OC 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, § 110 ss.

²³ Es evidente que la alusión a “garantías mínimas” en el artículo 8.2 de la Convención Americana no autoriza a la Corte Interamericana a crear nuevas garantías. La Convención Americana establece los estándares internacionales mínimos de protección de derechos humanos que los estados se comprometieron a garantizar en sus ordenamientos jurídicos internos. El artículo 8.2 solo reitera esta idea general.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

una regla del sistema interamericano; de hecho, introduce una nueva norma en el sistema). Este segundo tipo de “interpretación” progresiva sostiene, en verdad, un “no interpretativismo extremo” del estilo de aquellas corrientes de la teoría constitucional que conciben al texto jurídico como algo viviente y, por ello, cambiante a través de los años por medio de la actividad judicial. El término acuñado en la teoría constitucional norteamericana de *living Constitution* describe claramente esta posición. La Corte Interamericana, parafraseando ese lema del constitucionalismo norteamericano, se refirió muchas veces a la Convención Americana y, en general, a los tratados de derechos humanos como “instrumentos vivos”, aunque, al mismo tiempo siempre insistió en que solo *interpretaba* el derecho interamericano: “instrumentos vivos, cuya *interpretación* tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,²⁴ o bien “instrumentos vivos, que requieren una *interpretación* evolutiva [...] para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano”.²⁵ El concepto de *living Convention* puede ser adecuado para referirse a los casos en que la Corte *actualiza* el derecho a las necesidades de protección de los derechos humanos del momento de aplicación, pero llamar a ese proceso intelectual también “interpretación” causa confusión. Creo que los dos sentidos en los que se usa el término *interpretación progresiva* deberían ser claramente distinguidos y esta distinción debe comenzar por nombrarlos de manera diferente. Habría que reservar el concepto de interpretación progresiva únicamente para los casos en que aún se puede seguir hablando de interpretación de un texto. Si, en cambio, lo que se quiere significar es que el tribunal puede *actualizar* o *modificar* el derecho a fin de tener en cuenta las nuevas exigencias de la época, entonces el concepto es inapropiado. Llamar *interpretación de un tex-*

²⁴ Opinión consultiva OC 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, § 114 y 155 (la cita textual está en el § 114; la bastardilla fue agregada). En sentido similar, cf. el voto concurrente del juez Cançado Trindade en la opinión consultiva recién citada, § 9-15; opinión consultiva OC 10/89, sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 14 de julio de 1989, § 37-38; caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala* (conocido como *Niños de la calle*), sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 193 y 194; caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de fondo, 18 de agosto de 2000, § 99, 102 y 103; caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 34 a 38; caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, sentencia de fondo y reparaciones, 31 de agosto de 2001, § 148 y 149.

²⁵ Caso *Cinco pensionistas contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de febrero de 2003, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 16 (bastardilla agregada).

EZEQUIEL MALARINO

to a una operación intelectual que no tiene en cuenta el texto, o que cita un texto que de ningún modo puede soportar semánticamente la conclusión, es un fraude de etiquetas.

- iv) Hay otros casos en que la Corte parece reconocer más abiertamente su rol creativo. Por ejemplo, el juez Sergio García Ramírez reconoce en el caso *La Cantuta* que la doctrina sentada en *Barrios Altos* fue “en su hora, un importante signo innovador y [...] hoy configura una garantía cada vez más conocida, admitida y aplicada dentro del sistema tutelar de los derechos humanos”.²⁶ En ese mismo caso también señala que la “jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones”.²⁷ En la opinión consultiva 17/02, el juez Cançado Trindade, por su parte, dijo: “[Esa opinión] da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana”.²⁸
- v) Resumidamente: *no siempre* la Corte desconoce el pacto (a veces se sujeta a la Convención) y *no siempre* la Corte no es sincera o clara (a veces reconoce que no se sujeta a la Convención). O lo que es lo mismo: *no siempre* la Corte se sujeta al pacto (a veces no respeta la Convención) y *no siempre* la Corte es sincera o clara (a veces oculta o no reconoce que no se sujeta a la Convención).

b) En todo caso, como adelanté, lo que me interesa discutir en este punto es el problema de si la Corte está autorizada a fundar una decisión o a solucionar un caso con base en una regla que no está prevista y que no puede derivarse de un texto del sistema interamericano sobre el cual ella tiene poder de control, independientemente de que ella reconozca esta situación. Si el problema que voy a tratar en este apartado tuviera que decidirse ante un tribunal judicial, seguramente el expediente llevaría este nombre: *Estados americanos contra Corte Interamericana*. Los estados americanos se quejarían ante el supuesto tribunal de que la Corte no respeta la Convención, que decide sin seguir

²⁶ Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, voto concurrente del juez García Ramírez, § 2.

²⁷ *Ibidem*, § 24.

²⁸ Cf. opinión consultiva OC 17/02, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 65. En esta opinión consultiva la Corte Interamericana consideró obligatorias, a través de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, una serie de reglas consagradas en textos del derecho internacional, básicamente en la Convención sobre los derechos del niño.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

sus reglas y que invoca nuevas reglas para decidir los casos. La Corte Interamericana replicaría que no discute lo que dicen los estados, pero lo que sucede es que su función no solo consiste en interpretar y aplicar la Convención, sino también en actualizarla y modificarla a fin de tener en cuenta las nuevas realidades o necesidades del momento de la aplicación.

Creo que hay varios argumentos que se oponen a que la Corte Interamericana, por vía jurisprudencial, introduzca en el sistema interamericano nuevas reglas no pactadas por los estados o altere o deje sin efecto normas pactadas por ellos.

- i) El primer argumento en contra de que la Corte Interamericana pueda modificar el derecho interamericano surge de las reglas de la Convención Americana que establecen la competencia de ese tribunal. El artículo 33 dispone que la Corte Interamericana es competente “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en *esta* Convención”.²⁹ El artículo 62.3 confirma esta regla: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de *esta* Convención [...]”.³⁰ Algunos tratados internacionales posteriores extendieron la competencia de la Corte Interamericana a la interpretación y aplicación de otros derechos y normas previstos en ellos.³¹ Estas disposiciones establecen la competencia de la Corte, pero también los límites de esa competencia. La Corte Interamericana está autorizada a controlar únicamente el derecho que esas normas potestativas de atribución de competencia expresamente le confieren poder de control. La Corte debe asegurarse de que los pactos sean cumplidos (*pacta sunt servanda*), pero no está autorizada a crear nuevos pactos, a modificar o suprimir los existentes ni a controlar el respeto de derechos establecidos en otros instrumentos internacionales sobre los cuales no tiene poder de control, ni puede recabar normas jurídicas de la costumbre internacional o de una supuesta “conciencia jurídica universal” o “idea de justicia objetiva”. La Corte Interamericana es el guardián último de la Convención Americana y de los otros tratados que expresamente confían a

²⁹ Bastardilla agregada.

³⁰ Bastardilla agregada.

³¹ Cf. el artículo 19.6 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), el artículo XIII de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y el artículo 8, último § de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

EZEQUIEL MALARINO

ese órgano su control, pero ella sobrepasa su competencia material si quiere autoerigirse en un guardián del “*corpus juris* internacional”.³² Dichas normas de atribución de competencia establecen el límite infranqueable de su actividad legítima. En nuestra controversia hipotética los estados americanos podrían alegar a su favor un primer argumento decisivo: “La Corte no respeta las normas que establecen su competencia dentro del sistema”.

- ii) El segundo argumento en contra de que la Corte Interamericana pueda modificar el derecho interamericano es que las disposiciones sobre la reforma de la Convención Americana no atribuyen esa competencia a los jueces. Como se ve, un argumento complementario del anterior. El sistema interamericano concede esa atribución exclusivamente a los estados. La *actualización* jurisprudencial de la Convención Americana lesiona, por ello, los artículos 76 y 77 de ese tratado, que establecen, por un lado, que la competencia para enmendar la Convención o para aprobar protocolos adicionales corresponde exclusivamente a los estados y, por el otro, que esas enmiendas o protocolos solo vincularán a los estados que los ratifiquen. El artículo 31 de la Convención Americana admite que puedan ser incluidos nuevos derechos y libertades al régimen de protección del sistema interamericano siempre y cuando “sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”. La única facultad que tiene la Corte Interamericana en este proceso es la de presentar una “propuesta de enmienda” (artículo 76.1). Solo una norma del sistema interamericano podría autorizar a la Corte Interamericana a crear nuevos derechos humanos o introducir nuevas normas jurídicas en el sistema, pero esa norma no existe y su creación presupone, precisamente, que se cumpla el procedimiento previsto en los artículos 76 y 77 de la Convención. El cumplimiento de las reglas sobre modificación o creación de normas es lo que otorga fuerza positiva como derecho internacional a las nuevas disposiciones del derecho interamericano. En nuestro juicio hipotético, los estados americanos podrían sumar a su favor este segundo argumento: “La Corte no respeta las normas que establecen la competencia para crear o modificar normas del sistema”.

³² Caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 194 (bastardilla en el original). Similar, opinión consultiva OC 16/99, sobre el *Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, de 1 de septiembre de 1999, voto concurrente del juez Cançado Trindade, § 34.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

- iii) El tercer argumento en contra de que la Corte Interamericana pueda modificar el derecho interamericano está estrechamente emparentado con los anteriores. El sistema regional americano atribuye la competencia para crear, suprimir o modificar normas jurídicas a los estados americanos, y limita la competencia de la Corte Interamericana a la interpretación y aplicación de esas normas, porque la Corte tiene su origen y fundamento en la voluntad de los estados americanos de limitar su soberanía conforme a ciertos principios y normas *consensuados* entre ellos. La Convención Americana y los otros instrumentos del sistema expresan el consenso de los estados americanos sobre cómo proteger los derechos humanos y con qué alcance están, *en principio*,³³ dispuestos a comprometerse en esa tarea y autolimitar, en consecuencia, su soberanía. Dado que el derecho interamericano es el resultado de un proceso de negociación política en el cual los estados expusieron y confrontaron sus diferentes puntos de vista sobre la necesidad de establecer normas autovinculantes supranacionales para proteger los derechos humanos, toda modificación requiere de una nueva negociación y un nuevo consenso, y las reglas previstas en la Convención para introducir, suprimir o modificar normas del sistema prescriben el procedimiento específico para la formación de un consenso válido. Los estados americanos podrían agregar este argumento a su favor: “La Corte no comprende un aspecto esencial del sistema interamericano, a saber: que el derecho interamericano expresa nuestro consenso acerca del nivel en que estamos dispuestos, en principio, a limitar nuestra soberanía y, por ello, que toda modificación requiere de un nuevo consenso expreso de nuestra parte”.
- iv) El cuarto argumento en contra del activismo judicial de la Corte Interamericana es de algún modo una continuación del anterior. Este argumento se dirige específicamente en contra de que la Corte quiera hacer valer una nueva norma creada judicialmente contra un estado parte. Si la aprobación de la Convención Americana y otros instrumentos del sistema expresa el consenso de los estados americanos sobre cómo proteger los derechos humanos y con qué alcance, *en principio*, están dispuestos a comprometerse en esa tarea y autolimitar, en consecuencia, su soberanía (*consenso americano*), la ratificación de la Convención Americana y de los demás instrumentos y la

³³ Digo *en principio* porque para que un tratado sea vinculante para un Estado es necesaria su ratificación; sobre esto, véase el punto siguiente (2.b.iv).

EZEQUIEL MALARINO

aceptación de la competencia de los órganos de control hacen efectivos esos compromisos para cada estado e indican la voluntad *efectiva* de ese estado de limitar su soberanía (*consenso nacional*).³⁴ El *consenso americano*, expresado por medio de las formas específicas previstas en la Convención Americana, es necesario, como vimos, para crear el derecho interamericano. El *consenso nacional* es requerido, en cambio, para hacer vinculante ese derecho para cada estado. De ello se desprende lo siguiente: la Convención Americana y otros textos del derecho interamericano señalan el *nivel mínimo* de protección de los derechos humanos que se le exige a cada estado americano que ingresa al sistema, pero, al mismo tiempo, esos textos señalan también el *nivel máximo* con que el sistema interamericano puede exigirle a ese estado la protección de los derechos humanos en su territorio. Desde el punto de vista del estado, esta idea puede expresarse del siguiente modo: un estado que ingresa al sistema interamericano se obliga únicamente a respetar los derechos humanos según los estándares establecidos en el derecho interamericano (obviamente, cada estado es libre de mejorar esa protección en su derecho interno o de sujetarse a otro sistema de protección de derechos humanos que pudiera establecer, en algún punto, un estándar más elevado; por ejemplo, el sistema universal del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la Corte Interamericana puede constatar una responsabilidad internacional de ese estado sólo por la lesión de la Convención Americana y otros textos interamericanos bajo su control. La Corte no puede, en cambio, condenar internacionalmente a un estado con base en una norma jurídica creada judicialmente, por más razonable que pueda ser esa norma, ni puede controlar el cumplimiento de obligaciones internacionales emergentes de tratados internacionales sobre los cuales no tiene poder de control, ni tampoco puede condenar a un estado por violar la costumbre internacional. El sistema interamericano no es un sistema general y universal de derecho internacional

³⁴ Un Estado que ratifica la Convención se compromete, básicamente, a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (artículo 1) y a “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2). Un Estado que acepta la competencia de la Corte Interamericana se compromete a reconocer como obligatoria la competencia de la Corte (artículo 62) y a cumplir la decisión de ese tribunal en todo caso en que sea parte (artículo 68). La limitación de la soberanía que supone la ratificación de un tratado es legitimada democráticamente cuando esa ratificación requiere de la conformidad previa del parlamento nacional, como sucede en muchos estados.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

y por ello no conoce una disposición como la del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que faculta a ese tribunal a decidir un caso con base en (todo) el derecho internacional (escrito o no escrito). Un mismo acto de un estado puede lesionar el derecho internacional y, no obstante, no lesionar el derecho interamericano. En tal caso, dicho estado podrá eventualmente ser demandado ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o bien ante la Corte Internacional de Justicia, y alguno de estos órganos podrá establecer su responsabilidad internacional. El argumento que aquí estoy desarrollando puede verse claramente si representamos al sistema interamericano como si fuera un juego. El estado que entra a jugar el juego interamericano debe respetar las reglas del juego previstas en su reglamento de juego (la Convención y otros tratados americanos) y la lesión de esas reglas puede ser sancionada por la autoridad establecida por ese reglamento para el control de ese juego (la Corte Interamericana), pero, al mismo tiempo, al aceptar jugar el juego interamericano (con la ratificación y aceptación de la competencia de la Corte) ese estado únicamente se compromete a respetar las reglas del juego interamericano y no otras reglas. Seguramente nos escandalizaríamos si en un partido de baloncesto el árbitro anula un tanto con base en la regla del fuera de juego (*off-side*) prevista en el reglamento del fútbol o computa un tanto cuando el balón solamente toca el tablero, con base en una regla inventada por él durante el partido. También consideraríamos irrazonable si un juez argentino declarara la nulidad de un matrimonio con base en las reglas sobre el matrimonio del derecho afgano y seguramente exigiríamos algún tipo de responsabilidad para ese magistrado. Del mismo modo, tampoco deberíamos aceptar que la Corte Interamericana condene a un estado americano por lesionar una norma de la Convención Europea de Derechos Humanos o de cualquier otra fuente que no forme parte del derecho interamericano. El cuarto argumento, complementario de los anteriores, que un estado americano podría oponer a la Corte dice así: “Me comprometí a respetar el derecho interamericano y a someterme a la decisión de la Corte Interamericana en cuanto al cumplimiento de las obligaciones que nacen de ese derecho y en los límites allí establecidos. Pero no me comprometí a nada más que eso. Quiero que los *pacta*, pero nada más que los *pacta*, sean cumplidos”.

EZEQUIEL MALARINO

- v) El quinto argumento en contra de una facultad judicial de crear derecho es tan viejo y conocido que no creo que sean necesarias demasiadas palabras para defenderlo. La creación de derecho implica siempre una decisión de política del derecho. Cuando esa decisión la toman los jueces, entonces ellos se convierten en legisladores. Si los jueces hacen el derecho, entonces el riesgo de una “tiranía de los jueces” es evidente, así como también lo es el riesgo de pérdida de certeza del derecho.³⁵ Por supuesto, con esto no niego que en los casos difíciles, para usar una terminología muy extendida en la teoría del derecho, los jueces deban realizar una elección y que esta elección implica en definitiva un acto creativo.³⁶ Solo digo que en los casos fáciles, esto es, cuando el derecho determina claramente qué es lo que se debe hacer, el juez debe sujetarse a la ley, aun cuando considere que la ley no ofrece una buena solución. Especialmente fuerte es este argumento en los casos en que la Corte crea derecho *contra conventionem*³⁷ o cuando cambia constantemente la regla judicial.³⁸ En nuestro juicio hipotético, los estados americanos podrían aun alegar: “No sabemos a qué sujetarnos. La Corte incorpora derecho no pactado, modifica el derecho pactado e incluso cambia constantemente el contenido de las reglas creadas judicialmente. Para saber qué estándar de protección de derechos humanos

³⁵ También la imparcialidad judicial se ve comprometida si un juez crea ampliamente derecho, pues quien crea derecho para el caso decidió previamente el caso. Al menos, este juez difícilmente pueda mostrarse como un juez imparcial.

³⁶ Cf. Hart: o. cit., pp. 155 ss.; Genaro R. Carrió: “Lenguaje, interpretación y desacuerdos en el terreno del derecho”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 55 ss.

³⁷ Ejemplos de estos casos en el punto 3.

³⁸ La completa incertidumbre que causa el activismo judicial de la Corte Interamericana se ve claramente en el ejemplo de la regla creada judicialmente que establece que ciertos delitos no prescriben. La Corte formuló por primera vez una regla de este tipo en el caso *Barrios Altos contra Perú*. Allí estableció que no prescriben los hechos que constituyen “graves violaciones de los derechos humanos” (sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41). Sin embargo, este criterio fue modificado en decisiones posteriores. En el caso *Bulacio contra Argentina*, la Corte dijo que la prohibición de prescripción se refería a las “violaciones de derechos humanos” (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 116-117); en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, por el contrario, exigió el criterio más estricto de “crímenes de lesa humanidad” (sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151-153); en el caso de la *Masacre de La Rochela contra Colombia* volvió al concepto de “graves violaciones de los derechos humanos” (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, § 292) y, finalmente, en el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador* requirió otra vez un criterio más estricto, a saber, “muy graves violaciones de los derechos humanos” (sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, § 111). Parece entonces que para poder cumplir con estos nuevos estándares internacionales de protección de derechos humanos los estados deben estar en condiciones de prever lo que va a decir la Corte.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

debemos respetar, tenemos que predecir lo que dirá la Corte en una futura sentencia”.

c) Los argumentos anteriores me parecen de tal contundencia que la discusión a mi juicio podría terminar aquí. Pero los defensores del activismo judicial podrían ensayar algunos contraargumentos en defensa de la Corte Interamericana. Algunos de los siguientes son, de hecho, frecuentemente intentados.

i) El primer contraargumento posible es que la Corte Interamericana debería poder actualizar el derecho interamericano para suplir la inactividad de los estados. “Lo hago porque los estados no lo hacen”, podría replicar la Corte Interamericana en nuestro juicio hipotético. La respuesta a este contraargumento ya se encuentra en los argumentos antes señalados, especialmente en los puntos (b.i) a (b.iv). La elección de los argumentos normativos antes señalados o del contraargumento fáctico aquí esgrimido depende de cómo se respondan las siguientes preguntas: ¿Pueden los jueces ejercer funciones legislativas solo porque el legislador no cumple (o porque ellos creen que no cumple) correctamente con su tarea? De un modo más claro: ¿Tienen los jueces competencia para extralimitar su competencia e invadir la competencia legislativa de los estados cuando creen que estos no adecuaron el derecho interamericano a las necesidades de protección de los derechos humanos? Mi opinión quedó claramente expuesta en los puntos anteriores. No puedo agregar nada más a su favor, ni en contra de este contraargumento, porque este contraargumento solo opone una razón fáctica a mis razones jurídicas y para desechar esa razón fáctica sólo volvería a esgrimir aquellas jurídicas. Aquí sólo podría recordar una obviedad: que en una discusión jurídica hay que argumentar jurídicamente.

ii) Los partidarios del activismo judicial podrían intentar defender la creación judicial de derecho de la Corte Interamericana con argumentos ideológicos. El argumento diría más o menos como sigue: El activismo judicial de la Corte Interamericana es aceptable porque defiende los valores de la humanidad y afianza el progreso de los derechos humanos. En nuestro proceso hipotético la Corte Interamericana podría alegar en su defensa: “Reconozco que ninguna norma me autoriza a crear derecho, pero lo hago para defender los valores de la humanidad; estoy del lado de los buenos y por eso mi acti-

EZEQUIEL MALARINO

vismo es bueno”. Este argumento también reprocharía a quienes critican a la Corte el hecho de ser conservadores, antiliberales, de derecha o bien de no estar comprometidos con los derechos humanos.³⁹ Este contraargumento es bastante usual y, sin embargo, está más presente en las charlas de salón (o en los pasillos de la Universidad) que en la discusión académica. Presumo que esto es así porque, en verdad, es un pseudoargumento.⁴⁰ La razón principal para rechazar el contraargumento ideológico reside, a mi juicio, en lo siguiente. La bondad del resultado del activismo judicial depende del punto de vista de quien lo juzga o valora y, por lo tanto, la calificación de un resultado como bueno (o malo) es subjetiva. El activismo judicial es solamente *progresista* —y no conservador— en el sentido de que quiere un cambio, quiere transformar un *statu quo*. Pero la cuestión de si el activismo judicial es liberal o autoritario, de derecha o de izquierda, depende de qué es lo que se quiere cambiar, es decir, de cómo es el *statu quo* que se quiere modificar, y esta última cuestión depende, a su vez, de quién valore ese *statu quo*: no todos tenemos la misma idea —al menos no completamente— sobre aquello en lo que consiste una ideología de izquierda o una de derecha, una liberal o una autoritaria, y no todos valoramos igual estas posiciones. Quien valore la situación de partida como “mala” (por la razón que fuera, porque la considere poco liberal, muy liberal, etcétera), entonces concluirá que el activismo es “bueno”. Pero quien considere que la situación de partida es “buena”, entonces considerará que el activismo es “malo”. En definitiva, la decisión depende de juicios morales personales. El riesgo de decidir con base en predilecciones ideológicas se aprecia claramente cuando el activismo judicial lo hace quien está, ideológicamente, en la vereda de enfrente. No encuentro una frase mejor para resumir esta idea que la siguiente afirmación de Norberto Bobbio: “Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis”.⁴¹ Defender el ac-

³⁹ Cf. sobre esta cuestión en relación con el activismo judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Bernard Schwartz: *The new right and the constitution, turning back the legal clock*, Boston: Northeastern University Press, 1990.

⁴⁰ La justificación ideológica también resuena cuando se recurre a conceptos sumamente abstractos pero emotivamente cargados, como la “conciencia jurídica universal” o las “leyes de humanidad”. Parece que detrás del uso de esos conceptos hay un reproche moral para quien los descarta.

⁴¹ Norberto Bobbio: *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, México: Fontamara, 1991, p. 35.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

tivismo judicial cuando es un activismo bueno (cuando *para mí* es bueno) pero rechazarlo cuando es un activismo malo (cuando *para mí* es malo) evidencia una posición al menos intolerante que no acepta que puede haber otros que piensan diferente. Es claro que lo que es bueno para mí puede ser malo para otro, y la mejor forma de evitar que la aplicación del derecho se convierta tan solo en *lo que es bueno para el juez* es que el juez se sujete al derecho, al menos en cuanto este brinde pautas de qué sujetarse. Hoy sabemos que el sometimiento absoluto del juez a la ley, como era querido por los pensadores iluministas, no es posible por limitaciones del legislador y del lenguaje normativo, pero esa sujeción debe permanecer como una aspiración o meta a ser cumplida en el grado más alto posible, pues de ello depende la legitimación de la actividad judicial. *Quis custodiet ipsos custodes?*, se preguntaba Juvenal (*Satirae*, VI). La ley custodia al custodio. Cuando la ley es clara, ella es un límite infranqueable de la actividad judicial. Un juez tiene que decidir conforme a derecho (cuando el derecho le permite hacerlo) aun cuando él considere que el derecho no proporciona una buena solución del caso. En fin, el llamado *argumento ideológico* es tan solo un argumento retórico-efectista y, por lo demás, solo surte efecto entre quienes comparten la misma ideología.

- iii) El último contraargumento podría enunciarse así: Dado que la decisión de la Corte Interamericana es irrevisable (artículo 67 de la Convención Americana), ella tiene la última palabra para decir qué es el derecho, y la afirmación de que se equivocó no tiene ninguna consecuencia en el sistema interamericano. La Corte Interamericana podría replicar con la frase de Hughes citada al comienzo: “Estoy sometida a la Convención, pero en definitiva la Convención es lo que yo digo que es”. Me es muy fácil responder a esta objeción con los argumentos de Herbert Hart en cuanto a la distinción entre definitividad e infalibilidad de la decisión judicial.⁴² Que el sistema interamericano haya instituido a la Corte Interamericana con autoridad final para decir qué es el derecho no significa que esa decisión no sea falible. Otra vez es útil ejemplificar con las reglas de un juego: si un árbitro se equivoca (intencionalmente, sin darse cuenta o porque está ebrio) al aplicar la regla de tanteo del juego del fútbol, eso no quiere decir que no haya regla de tanteo

⁴² Hart: o. cit., pp. 176 ss.

EZEQUIEL MALARINO

en dicho juego. Solo si el juego fuera *el juego del arbitrio del árbitro*, entonces la regla de tanteo sería lo que el árbitro arbitrariamente vaya decidiendo que es en cada caso. Quizás fuera divertido jugar a ese juego, pero ese juego no es el fútbol.⁴³ Lo mismo vale para el sistema interamericano. La Corte Interamericana tiene que aplicar las reglas de la Convención Americana y de los demás tratados bajo su control de la mejor manera posible. Ella puede, inconscientemente o conscientemente, incurrir en errores al aplicar una regla (por ejemplo, aquella que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal del artículo 9) y esa decisión será definitiva porque el sistema interamericano no conoce una instancia superior que revise las decisiones de la Corte. Pero eso no significa que la regla de la irretroactividad de la ley penal no siga siendo lo que era. Si el sistema interamericano contuviera un regla del tipo “cualquier cosa que considere adecuada la Corte Interamericana será derecho”, entonces sí el derecho interamericano sería lo que la Corte Interamericana dice que es. Pero esa regla no existe en el sistema interamericano vigente. Por eso, la proposición “el derecho es lo que los jueces dicen que es” es falsa respecto al sistema interamericano. No es cierto que cualquier cosa que digan los jueces sea derecho. Esa frase solo proporciona un “ropaje verbal para ejercicio de una discrecionalidad ilimitada”.⁴⁴

Punitivización

3. La Corte Interamericana ha hecho mucho para mejorar la protección de las víctimas de violaciones de derechos humanos.⁴⁵ Sin embargo, esa optimización también fue conseguida a través del reconocimiento de *nuevos derechos* de la víctima de hechos penales que no están escritos en la Convención Americana, ni son derivables de ella a

⁴³ El ejemplo es de Hart: o. cit., pp. 177 ss.

⁴⁴ Hart: o. cit., p. 182. El problema del sistema interamericano no es que una decisión errónea de la Corte no pueda ser revisada (todo sistema judicial en algún momento tiene que poner fin a la posibilidad de revisión otorgando el control final a una autoridad judicial), sino que los jueces de la Corte Interamericana no están sometidos a ningún tipo de control político por el mal ejercicio de sus funciones.

⁴⁵ Por ejemplo, la Corte amplió el concepto de *víctima*, primero por vía jurisprudencial —caso *Blake contra Guatemala*, sentencia de fondo, 24 de enero 1998, § 112-116; caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia de fondo, 19 de noviembre de 1999, § 173-177; caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de fondo, 25 de noviembre de 2000, § 162-166— y luego a través de la reforma de su reglamento interno (cf. reglamento de 2000). Por otra parte, por medio de reformas a su reglamento amplió los poderes de intervención de la víctima en el proceso internacional (cf. reglamentos de 1996 y 2000).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

través de interpretación, y que cancelan derechos fundamentales de la persona sometida al poder penal, que sí se encuentran garantizados explícitamente en la Convención. Por esta razón al comienzo de este trabajo señalé que un rasgo importante observable en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es su tendencia *punitivista*, o bien su comprensión punitivista de los derechos humanos. Paradigmático es el caso del derecho de la víctima a la justicia y al castigo y el correlativo deber del Estado de perseguir y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos que, según algunas sentencias de la Corte, autorizaría a dejar de lado derechos fundamentales de la persona que corre el riesgo de una pena criminal. De la mano de este superderecho a la justicia de la víctima, la Corte Interamericana está creando un verdadero “estatuto de la víctima” opuesto al “estatuto del imputado” consagrado en la Convención, esto es, un *Bill of rights* no escrito de la víctima que neutraliza el *Bill of rights* escrito del imputado. La Corte Interamericana pretende, además, que este equilibrio entre víctima e imputado (producto de la neutralización de normas de garantía previstas a favor del imputado) sea respetado por los tribunales penales de los estados, pues ella no solo sostiene que los estados por ninguna razón pueden incumplir sus decisiones dictadas en el caso concreto, sino también que ellos deben controlar si las disposiciones de su derecho interno cumplen con la Convención Americana tal como ella es interpretada por la Corte (test del control de convencionalidad). En lo siguiente mostraré tres ejemplos muy claros de este activismo judicial antiliberal y *contra conventionem*.

i) El artículo 8.4 de la Convención establece: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Ninguna disposición de la Convención establece una excepción a esta regla jurídica. Sin embargo, la Corte Interamericana ha dicho: “[...] esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplazan la protección del *ne bis in idem*”.⁴⁶ El artículo 8.4 es desaplicado con base en “derechos de las víctimas” no ex-

⁴⁶ Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154. En el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226, la Corte dijo: “[...] el Estado no podrá [...] argumentar [...] cosa juzgada, ni el principio non bis in idem [...]. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares”.

EZEQUIEL MALARINO

plicitados en la Convención, “exigencias de justicia” identificadas en forma discrecional y, paradójicamente, la “letra y espíritu” de la Convención. No sé cuál sea el espíritu de la Convención, pero la letra es clara y dice “*ne bis in idem*” para el imputado absuelto por sentencia firme.

ii) El artículo 9, primera parte, de la Convención Americana establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Ninguna disposición de la Convención establece una excepción a la regla de la irretroactividad de la ley penal y el artículo 27.2 expresamente rechaza que esta regla pueda ser suspendida aun en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado. La Corte Interamericana, sin embargo, dijo: “[...] el Estado no podrá argumentar [...] irretroactividad de la ley penal [...] para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”⁴⁷ de hechos que según el derecho internacional serían calificables como crímenes contra la humanidad. La Corte parece haber derivado directamente del derecho internacional una regla que permite la retroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales. Más allá de si esa regla efectivamente existe en el derecho penal internacional actual (sobre lo cual tengo muchas dudas; por ejemplo, el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional establece la vigencia irrestricta de la regla de la irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales),⁴⁸ lo cierto es que la Corte Interamericana no está facultada para derivar normas no escritas del orden jurídico internacional. Al excluir a los autores de crímenes internacionales del derecho a ser condenados únicamente si sus acciones u omisiones son delictivas en el momento del hecho, la Corte Interamericana no solo desconoce el artículo 9, que claramente dispone que “*nadie*” puede ser condenado con base en normas posteriores al hecho, sino también el artículo 1.1, que establece que los estados parte deben respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a “*toda persona* que esté sujeta a su jurisdicción”, y “*persona*”, según el artículo 1.2, es “todo ser humano”.

iii) El artículo 8.1 de la Convención Americana establece: “Toda persona tiene derecho a ser oída [...] dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal [...]”.

⁴⁷ Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151. Similar, caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226.

⁴⁸ Sobre la revalorización del principio de legalidad en el Estatuto y en la jurisprudencia de la *Corte Penal Internacional* cf. Malarino: o. cit., punto XXI.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Ninguna disposición de la Convención restringe el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Sin embargo, la Corte Interamericana sostuvo: “[...] en este tipo de casos, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”.⁴⁹ Con “este tipo de casos” la Corte se refería a crímenes contra la humanidad. Es cierto que la indeterminación del artículo 6.1 deja un amplio margen al juez para decidir cómo se establece el plazo razonable. Esto significa que la Corte debe precisar la garantía, concretando los criterios con los cuales se establece la (ir)razonabilidad de la duración del proceso, pero no significa, en cambio, que ella esté autorizada a desaplicar un derecho expresamente garantizado por la Convención a toda persona sujeta a un procedimiento judicial. Si una persona condenada por (o absuelta de) un delito muy grave reclama ante el sistema interamericano que su proceso ha durado un tiempo irrazonable y que, por lo tanto, se ha violado el artículo 8.1 de la Convención, la Corte Interamericana deberá determinar si eso ha ocurrido o no, y para hacerlo podrá echar mano a los criterios que ella misma ha elaborado para concretar la garantía. Lo que la Corte no puede hacer es afirmar que el proceso tuvo efectivamente una duración irrazonable pero que, en el caso concreto, la lesión de la garantía se justifica por la gravedad del delito atribuido. Esa garantía está prevista a favor de toda persona sujeta a un procedimiento judicial y la Convención no previó una excepción para la persona sujeta a procesos por hechos penales graves. También una persona acusada de un hecho grave tiene derecho a que el sufrimiento que implica el proceso cese en un determinado tiempo. Por ello, ningún requerimiento de “justicia” basado en la gravedad del delito autoriza a la Corte Interamericana a denegar a una persona su derecho a que el proceso finalice dentro de un plazo razonable.

Estos ejemplos muestran claramente la tendencia punitivista de la Corte Interamericana. La justificación que ella esgrime para anular derechos fundamentales del imputado consagrados explícitamente en la Convención es la especial necesidad de protección de las víctimas basada en la gravedad del delito. La Corte está creando jurisprudencialmente un derecho de excepción para las graves violaciones de los derechos humanos, en el cual no solo no hay *ne bis in idem*, ni irretroactividad de la ley penal, ni plazo razonable de duración del proceso, sino tampoco plazo de prescripción, ni amnistía posible. El viejo y conocido principio del derecho medieval *in atrocissima licet iudici iura transgredi* aparece nuevamente para justificar lesiones de los derechos humanos en nombre de los derechos humanos.

⁴⁹ Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 149.

EZEQUIEL MALARINO

Además de los argumentos generales ya enunciados en contra de todo activismo judicial (punto 2.b), el derecho interamericano contiene otro dirigido específicamente en contra de este tipo de activismo judicial iliberal y *contra conventionem*. El artículo 29.a de la Convención Americana prohíbe a toda persona o autoridad que, a través de “interpretación”, suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o los limite en mayor medida de lo que ella prevé. Por ello, la especie de activismo judicial aquí analizada lesiona también esta manifestación del principio *pro hómine*.

Nacionalización

4. Según el artículo 63 de la Convención Americana, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o una libertad protegidos en la Convención deberá disponer: *a)* que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuera procedente, *b)* que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y *c)* que se indemnice a la parte lesionada. Seguramente muchos coincidirán en que la sentencia a “reparaciones” se ha convertido con los años en una piedra fundamental del sistema interamericano y también coincidirán con Sergio García Ramírez en que “en esta materia se ha cifrado, con especial intensidad y profundidad, la fuerza creativa” de la jurisprudencia de la Corte.⁵⁰ El siguiente pasaje de su voto concurrente en la sentencia *La Cantuta contra Perú* sintetiza de manera muy clara esta idea:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en este ámbito queda de manifiesto cuando se reflexiona sobre la distancia que media entre un régimen de reparaciones concentrado en la indemnización patrimonial —que ciertamente es indispensable y pertinente— y otro que, además de las indemnizaciones, previene medidas de gran alcance en materia de satisfacción moral para las víctimas y prevención de nuevas conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación

⁵⁰ García Ramírez: o. cit., p. 3. En ese mismo trabajo también dice: “Es interesante advertir cómo se avanzó en el espacio de las reparaciones en cada nueva sentencia sobre la materia que dictó la Corte, e incluso en las resoluciones de fondo” (p. 13).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera.⁵¹

Este párrafo describe bastante bien lo que al comienzo he nombrado como *nacionalización* de la Corte Interamericana: que como “reparación” de la violación de un derecho garantizado en la Convención la Corte con frecuencia ordena a los estados que adopten medidas que inciden sobre esferas de competencia de los poderes públicos fuertemente vinculadas con la soberanía nacional. Por ejemplo, la Corte ha ordenado la derogación o sanción de leyes o de normas constitucionales (incidencia en la esfera del poder legislativo o constituyente local), la revisión de decisiones de tribunales locales en procesos pendientes o terminados con sentencia definitiva o bien la adopción de medidas procesales concretas (incidencia en la esfera del poder judicial local) y también la realización de ciertas políticas públicas que implican, a su vez, la asignación de los recursos estatales en una determinada dirección (incidencia en la esfera del poder ejecutivo local).

Es difícil determinar con exactitud dónde debe trazarse el límite entre lo que puede y lo que no puede ordenar la Corte a un estado como reparación por la violación de un derecho o libertad garantizados en la Convención, debido a la indeterminación misma del término *reparación*. Solo es claro que la reparación no se agota en una indemnización patrimonial, pues el artículo 63 distingue entre reparación e indemnización. La exigencia de que la reparación sea *procedente*, establecida también en dicho artículo, tampoco ayuda mucho a determinar qué puede y qué no puede establecer la Corte como reparación, pues este concepto también es bastante impreciso. Esta exigencia nos aclara, al menos, que la facultad de la Corte de ordenar reparaciones no es ilimitada. La ausencia de pautas precisas en la Convención acerca del contenido de la condena a reparación explica en esta materia la enorme creatividad de los jueces.⁵²

En este trabajo no me propongo analizar exhaustivamente los límites de la condena a reparaciones. Solamente quiero exponer algunas razones que me llevan a pensar que la Corte Interamericana debería ser más cauta en el establecimiento de reparaciones. Por muy impreciso que el término *reparación* pueda ser, no creo que rinda tanto como para convertir a la Corte Interamericana en legislador y constituyente de todos los estados parte, ni tampoco en una suerte de corte suprema de las cortes supremas de esos estados.

⁵¹ *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, voto concurrente del juez García Ramírez, § 24.

⁵² La Corte Interamericana señaló que el artículo 63 “[...] otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación” (caso *Baena Ricardo y otro contra Panamá*, sentencia de competencia, 28 de noviembre de 2003, § 64).

EZEQUIEL MALARINO

Tampoco creo que esa norma llegue a tanto como para autorizar a la Corte a decidir las políticas públicas nacionales. Por otra parte, no parece que los estados hayan querido ceder a la Corte Interamericana la decisión sobre asuntos tan estrechamente vinculados con la soberanía estatal y perder en tal medida su poder de autogobierno.

i) *Intromisiones en las esferas del poder legislativo y del poder constituyente.* La Corte Interamericana subestima el valor que representa el principio democrático para una sociedad cuando ordena a un Estado como reparación de la violación de un derecho protegido en la Convención que el poder legislativo suprima una ley o bien la sancione o reforme de acuerdo con lo establecido en su sentencia.⁵³ Es cierto que la ratificación de la Convención Americana y la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana necesariamente suponen restricciones de la soberanía estatal, pero ¿tales restricciones llegan a tanto como para permitir que un tribunal internacional, compuesto por siete jueces *part time* no elegidos popularmente,⁵⁴ tenga la última palabra sobre la necesidad de regular conductas con una ley y sobre el contenido concreto de esa ley? La respuesta debe ser negativa y esto se ve muy claro cuando la ley que la Corte Interamericana ordena suprimir, crear o modificar afecta posiciones jurídicas de las personas. Paradigmático es el caso de la condena a reparar consistente en introducir un nuevo delito penal en el ordenamiento interno, medida muy frecuente en la jurisprudencia de la Corte. El principio democrático exige que toda restricción de un derecho o libertad de la persona

⁵³ Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la modificación de los delitos de terrorismo y traición a la patria (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 27 de noviembre de 1998, punto 5 de la parte resolutive); la derogación de leyes penales y procesales de emergencia incompatibles con la Convención (caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 14 de la parte resolutive y § 204-208); la adopción de medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar de manera general el ordenamiento jurídico a las normas internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario (caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 22 de febrero de 2002, punto 4 de la parte resolutive); la derogación del delito de desacato y la reforma de las leyes que regulan la competencia de los tribunales militares y el proceso ante dichos tribunales de acuerdo con las pautas establecidas en la sentencia (caso *Palamará Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, puntos 13, 14 y 15 de la parte resolutive y § 79-93, 120-144, 162-189 y 254-257); la adecuación de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas a los estándares de la Convención Interamericana contra la Tortura y la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de septiembre de 2006, punto 12 de la parte resolutive y § 91-93 y 179); la modificación de una ley que imponía el deber de pagar una tasa, en concepto de depósito, a personas desvinculadas del proceso cuyos bienes habían sido incautados y mantenidos en depósito judicial con base en una medida cautelar durante el procedimiento (caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 21 de noviembre de 2007, punto 11 de la parte resolutive y § 192-195 y 266-269); la aprobación de un Código de Ética Judicial con determinado contenido (caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 19 de la parte resolutive y § 253).

⁵⁴ Cf. los requisitos para la elección de jueces de la Corte Interamericana establecidos en los artículos 52 ss. de la Convención.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

sea aprobada por la instancia que más fuertemente representa al pueblo, esto es, el parlamento. La discusión parlamentaria otorga a la norma legitimidad democrática. La ausencia de legitimidad popular de los jueces de la Corte Interamericana no los sitúa en una buena posición para establecer legítimamente restricciones a los derechos y libertades de los ciudadanos de los países americanos. Ella no tiene sustento democrático para decidir difíciles cuestiones de ponderación política entre los distintos intereses en pugna de la sociedad.⁵⁵ El análisis de la proporcionalidad (en sentido amplio) y especialmente el análisis del requisito de la necesidad de una medida de injerencia exigen, por otra parte, tener en cuenta factores estrechamente conectados con la sociedad y el orden jurídico concretos que difícilmente puedan ser atendidos por jueces *part time* que, además de carecer legitimación popular, no cuentan, al menos no necesariamente, con conocimientos del orden jurídico nacional en el que pretenden insertar, modificar o suprimir una regulación específica, ni tampoco de campo sobre las necesidades concretas de esa sociedad. Posiblemente, esos *jueces-legisladores* ni siquiera hayan pisado el país al cual pretenden imponer normas.

Por otra parte, una interpretación tan amplia del concepto de reparación como la que sostiene la Corte Interamericana conduciría a aceptar que este tribunal tiene competencia para decidir el contenido de las leyes nacionales de los estados parte en prácticamente todos los ámbitos de la vida social, debido a la diversidad y amplitud de las normas bajo control de la Corte. Tal interpretación apoyaría que la Corte pudiera establecer el contenido preciso de leyes penales y civiles en relación con temas tan variados como, por ejemplo, la vida, la integridad personal, la familia, la infancia o la propiedad, con tan solo invocar que las leyes “ordenadas” son la mejor o la única forma de reparar las violaciones de los artículos 4, 5, 17, 19 o 21, respectivamente. Además de las dudas sobre la legitimidad democrática ya mencionadas, este amplísimo recorte del poder de

⁵⁵ Un ejemplo de difícil elección entre intereses en pugna plantea el caso de la amnistía. No es en absoluto claro, por ejemplo, que la regla judicial Barrios Altos, que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos, proteja mejor los derechos humanos que una regla que autoriza la amnistía en circunstancias excepcionales. La primera regla prioriza la “justicia”; la segunda, en cambio, la “paz”. Una cuestión tan compleja debería ser decidida por una asamblea parlamentaria con sustento democrático y no, en cambio, por un órgano aristocrático. Una crítica a la posición que anatemiza la amnistía y un alegato a favor del recurso a ella en circunstancias extremas y excepcionales en Ezequiel Malarino: “Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latino-americanas. Una crítica a la utilización excesiva del derecho penal en procesos de transición: *no peace without justice o bien no peace with justice*”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, año 4, n.º 7/2009, pp. 368 ss. (también en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner: *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 415 ss., especialmente pp. 420 ss.).

EZEQUIEL MALARINO

autogobierno de los estados trastoca la relación misma entre ordenamiento interno y ordenamiento interamericano.

Muy clara es la intromisión en asuntos de exclusiva competencia estatal cuando la Corte Interamericana ordena a un estado reformar su constitución política.⁵⁶ Una constitución establece los principios rectores de la organización política y las pautas esenciales de convivencia social. Tales normas son constitucionales, precisamente, porque sientan las bases o fundamentos sobre los que se apoya la entidad política *nación* y por ello son la expresión más clara de la soberanía estatal. Estas disposiciones son consideradas tan relevantes para la sociedad que su reforma requiere procedimientos especiales y más complejos que los necesarios para reformar una ley ordinaria. Mientras el mundo se organice políticamente en entidades nacionales y no exista un Estado mundial y una Constitución mundial, el dictado de las leyes que dan base a la sociedad corresponde únicamente a los estados. Esta es una manifestación patente del principio de derecho internacional de la libre determinación de los pueblos.

ii) *Intromisiones en la esfera del poder judicial.* La Corte Interamericana confunde su competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado con la competencia de los tribunales nacionales para establecer la responsabilidad penal, civil, etcétera, de las personas cuando ordena a dichos tribunales que dejen sin efecto, anulen o modifiquen decisiones o adopten medidas procesales concretas.⁵⁷ Mientras que en sus

⁵⁶ Así, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, punto 4 de la parte resolutive y § 83-90, donde se ordena la modificación de la Constitución política del Estado que autorizaba la censura previa de material cinematográfico.

⁵⁷ Por ejemplo, la Corte Interamericana ordenó la libertad de una persona condenada por tribunales nacionales (caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia de fondo, 17 de noviembre de 1997, punto 5 de la parte resolutive y § 84), la anulación de una sentencia firme condenatoria y la realización de un nuevo juicio (caso *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia de fondo y reparaciones, 30 de julio de 1999, punto 13 de la parte resolutive), la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley de amnistía tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la acción u otras causales eximentes de responsabilidad penal (caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, puntos 3-5 de la parte resolutive y § 41-44); la anulación de una sentencia firme condenatoria fundada en una ley que no respetaba el debido proceso y la eliminación de los antecedentes penales (caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia de reparaciones y costas, 3 de diciembre de 2001, puntos 4 y 5 de la parte resolutive y § 77 y 78), la modificación de una sentencia de un tribunal supremo nacional que había impuesto el pago de multa y costas procesales (caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, puntos 1-4 de la parte resolutive), la continuación de la investigación de un delito a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional (caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, punto 4 de la parte resolutive), la anulación de varias sentencias condenatorias dictadas por tribunales militares (caso *Palamara Iribarne contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, punto 12 de la parte resolutive y § 253); la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de una ley amnistía, tras haber sostenido la invalidez de esa ley y su incompatibilidad con la Convención Americana, así como la imposibilidad de alegar, en dichos procesos, la prescripción de la

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

primeras decisiones la Corte Interamericana reconocía claramente la distinción entre el objeto del proceso internacional y los diferentes objetos de los procedimientos internos (penal, civil, administrativo),⁵⁸ en los últimos tiempos esa distinción se ha vuelto borrosa. Para ver claro el punto basta poner en evidencia las diferencias —por lo demás, obvias— entre el proceso internacional ante la Corte Interamericana y el proceso penal interno.⁵⁹ El proceso ante la Corte Interamericana es un proceso efectuado por la comunidad americana contra un estado que presuntamente ha violado compromisos internacionales, con el objeto de decidir sobre la responsabilidad internacional de ese estado. El proceso penal es un proceso efectuado por el estado contra un individuo que presuntamente ha lesionado la ley penal con el objeto de decidir sobre la responsabilidad penal de tal individuo. Es posible que ambos procesos tengan la misma base fáctica

acción, la irretroactividad de la ley penal o la regla *ne bis in idem* (caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, puntos 5 y 6 de la parte resolutive y § 145-157, especialmente 147 y 151), la anulación de una sentencia que condenaba a pena de prisión y al pago de una indemnización y la supresión de los antecedentes penales (caso *Kimel contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, puntos 7 y 8 de la parte resolutive y § 121-123), la reintegración en sus cargos a jueces destituidos por un tribunal nacional (caso *Apitz Barbera y otros contra Venezuela*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008, punto 17 de la parte resolutive y § 246).

⁵⁸ En efecto, en sus primeras decisiones la Corte Interamericana tenía muy claro que carecía de facultades para decidir, como un tribunal de última instancia, los procesos judiciales nacionales. Veamos tres ejemplos. En el famoso caso *Velásquez Rodríguez* la Corte constató que el Estado hondureño había incumplido el deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos —deber derivado del artículo 1.1 de la Convención— debido a que el proceso penal interno no había arrojado resultados positivos (había finalizado en sobreseimiento); sin embargo, la constatación del incumplimiento de dicho deber no tuvo como efecto la reapertura del proceso judicial interno, sino únicamente la sanción internacional de Honduras (cf. caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, y sentencia de reparaciones y costas, 21 de julio de 1989). En el caso *Niños de la calle* el Estado guatemalteco había objetado la competencia de la Corte para conocer como “cuarta instancia” de la sentencia absolutoria definitiva dictada por la Corte Suprema de ese país. La Corte Interamericana rechazó la excepción preliminar con el argumento de que su decisión no pretendía revisar el fallo de la Corte Suprema de Guatemala, sino evaluar si existía responsabilidad internacional del Estado por la violación de preceptos de la Convención (caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala [Niños de la calle]*, sentencia de excepciones preliminares, 11 de septiembre de 1997, § 17-20: “Esta Corte considera que la demanda presentada por la Comisión Interamericana no pretende la revisión del fallo de la Corte Suprema de Guatemala sino que solicita que se declare que el Estado violó varios preceptos de la Convención Americana por la muerte de las citadas personas, que atribuye a miembros de la policía de ese Estado y que por lo tanto existe responsabilidad de este”; la cita es del § 18). Finalmente, en la opinión consultiva 14/94, la Corte Interamericana debió establecer cuáles son los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viola las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. La Corte, luego de afirmar que un Estado tiene el deber de no adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención, aclaró: “La pregunta se refiere únicamente a los efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho internacional, ya que no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho” (opinión consultiva OC 14/1994, sobre *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, de 9 de diciembre de 1994, § 34).

⁵⁹ Gran parte de las consideraciones que siguen ya se encuentran en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., punto VIII, incluidas las notas 39-43.

EZEQUIEL MALARINO

—por ejemplo, la tortura de una persona por un agente estatal—, pero ese hecho tiene en cada proceso un sentido jurídico diferente.⁶⁰ El distinto objeto procesal y las distintas consecuencias que pueden derivarse de ambos procesos (sanción penal a un individuo o sanción internacional a un estado) inciden sobre las reglas de prueba,⁶¹ el régimen

⁶⁰ Un mismo hecho (por ejemplo, 'el policía P tortura a la víctima V') puede tener significaciones jurídicas diferentes que se discutirán en procesos judiciales diferentes. Contra P se seguirá un proceso penal por el delito de tortura con el objeto de determinar si él es responsable penalmente del hecho (el caso será "Fiscalía contra P" o, como solemos decir en nuestro medio, "P sobre tortura"). Seguramente también se iniciará contra P un proceso disciplinario para determinar si debe ser sancionado o destituido, pues el Estado no quiere entre sus filas a policías torturadores (el proceso será "Administración Pública contra P"). Muy probablemente V decida iniciar un proceso civil contra P con el objeto de obtener la reparación de los daños y las indemnizaciones correspondientes (aquí el proceso será "V contra P sobre reparación e indemnización"). Y también ese mismo hecho podrá dar lugar a un proceso ante la Corte Interamericana con el objeto de determinar si el Estado donde P ejerce como policía (por ejemplo, Argentina) es responsable internacionalmente porque uno de sus agentes —que sea P u otro es indiferente— violó un derecho consagrado en la Convención Americana (aquí el caso será "Comisión Americana contra Argentina"). Cada uno de estos tribunales (penal, disciplinario, civil e interamericano) está autorizado para decidir autónomamente y sin interferencias sobre el objeto procesal de su incumbencia y ninguno lo está para resolver los objetos procesales de procesos diferentes (salvo excepciones legales expresas, por ejemplo, las establecidas en los artículos 1101 a 1104 del Código Civil argentino). Así, pues, del mismo modo que el tribunal civil que juzga sobre la reparación del daño no puede ordenar al tribunal penal una medida que altere la cosa juzgada penal por considerar que esta es la única forma de reparar el daño a la víctima, tampoco la Corte Interamericana podría hacerlo. Por ejemplo, un tribunal civil no podría ordenar la reapertura de un proceso penal terminado con sentencia definitiva como consecuencia de una ley de amnistía al decidir sobre la indemnización y la reparación del daño en sede civil (según el artículo 61 del Código Penal argentino, la amnistía extingue la acción penal, pero no la civil), alegando que una adecuada reparación a la víctima exige la investigación y, en su caso, sanción de los responsables.

⁶¹ Desde sus primeras decisiones, la Corte Interamericana estableció que los criterios de prueba en el proceso internacional son diferentes a los del proceso penal interno. En el proceso internacional, la defensa del Estado no puede basarse en que el demandante no adjuntó prueba, y en ciertos casos es admisible una inversión de la carga de la prueba; el Estado debe cooperar en la producción de la prueba de la parte demandante, pues él es el que tiene el control sobre los medios para aclarar los hechos ocurridos en su territorio; el silencio del Estado puede valorarse como reconocimiento de responsabilidad; no es necesario probar los elementos subjetivos de los delitos (cf., entre otros, caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, § 135 ss.). En ciertas ocasiones, por otra parte, la Corte Interamericana al reconstruir los hechos en la sentencia no tomó en consideración prueba que había sido aportada por el Estado —y que tendía a desvirtuarlos—, con el argumento de que ese Estado después de la presentación de la prueba había aceptado su responsabilidad internacional (cf. *Bulacio contra Argentina*, sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 59). Como es bien sabido, un proceso penal contiene reglas bien diversas de las recién señaladas.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de la acción⁶² y la participación procesal.⁶³ Es precisamente el distinto objeto de estos procesos —la distinta significación jurídica que el hecho tiene en estos procesos— lo que lleva a concluir que la Corte Interamericana *no puede revisar* como un tribunal de última instancia las decisiones de los tribunales nacionales⁶⁴ y que la firmeza de la decisión del tribunal nacional es completamente independiente de la decisión de la Corte Interamericana.⁶⁵ La afirmación constante de la Corte Interamericana de que no es un

⁶² En el proceso internacional es posible la composición del litigio a través de una “solución amistosa” (artículos 48.1 letra f y 49 de la Convención Americana). También es posible el allanamiento de la parte demandada o el desistimiento de la parte demandante (artículo 53 del Reglamento de la Corte). Si bien la Corte Interamericana ha sostenido en algunas ocasiones que, si la protección de los derechos humanos así lo exige, puede continuar el procedimiento a pesar de la existencia de una solución amistosa o de un allanamiento del Estado, es seguro que en dicho proceso la autonomía de la voluntad juega un papel mayor que en un procedimiento penal interno. El ejemplo del caso *Bulacio contra Argentina* citado en la nota anterior muestra que cuando un Estado se allana es posible prescindir de elementos probatorios favorables al Estado en la reconstrucción de los hechos en la sentencia. Eso no ocurre en un proceso penal —al menos en ordenamientos que pertenecen a la familia del *civil law*—, pues aunque el imputado confiese, el tribunal tiene el deber de reconstruir el hecho conforme a la verdad.

⁶³ El proceso internacional es una contienda entre una parte demandante (la Comisión Interamericana y la víctima o eventualmente un Estado) y una parte demandada (siempre un Estado). La persona individual que presuntamente ha lesionado un derecho garantizado en la Convención no participa en el proceso internacional, pues este proceso no está encaminado a establecer su responsabilidad en el hecho ni a imponerle una sanción. Al sistema interamericano no le interesa determinar si el policía P del Estado parte A es quien torturó a V, sino que le basta determinar que fue un agente del Estado parte A quien lo hizo.

⁶⁴ El requisito del agotamiento de los recursos internos para que el afectado pueda recurrir al sistema interamericano (establecido en el artículo 46.1.a de la Convención Americana) no significa, obviamente, que la Corte Interamericana sea un tribunal superior de los tribunales nacionales; este requisito solo pretende que la protección del derecho se intente primero en la jurisdicción nacional. Por eso la Convención Americana admite tres excepciones a este requisito en casos en que dicha protección no pueda obtenerse en el derecho interno (artículo 46.2.a-c de la Convención Americana). En este mismo sentido, cf. Comisión Interamericana, Informe 39/96, caso 11.673 (*Marzióni contra Argentina*), de 15 de octubre de 1996, § 49; cf. también la opinión consultiva de la Corte Interamericana OC 11/1990, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de 10 de agosto de 1990, donde se prevén otras excepciones.

⁶⁵ El hecho de que la legislación procesal penal de algún Estado prevea la posibilidad de revisar un proceso interno en caso de que la Corte Interamericana haya constatado una violación de la Convención Americana en el proceso internacional sobre los mismos hechos tampoco altera la esencia diferente de los dos procesos. La decisión de si un ordenamiento procesal admite la revisión de una decisión definitiva interna a fin de tener en cuenta una decisión posterior de una corte regional de derechos humanos es privativa de cada Estado, así como también lo es aquella de la extensión de tal revisión. Algunos Estados, como Argentina o Italia, no han previsto esta causal de revisión; otros, como Colombia o Alemania, sí lo han hecho. En Colombia se permite la revisión de la sentencia absolutoria opuesta a una sentencia posterior de la Corte Interamericana, esto es, se permite la revisión *in málam pártem*. El artículo 192.4 del Código Procesal Penal (ley 906 de 2004) autoriza la revisión en el caso de que “después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones”; y agrega: “En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates”. En Alemania, en cambio, el § 359.6 de la Ordenanza Procesal Penal permite la revisión a favor del condenado de un proceso terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada “cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha constatado una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos o de sus protocolos y la sentencia alemana se basa en esa violación”. Solo la revisión de

EZEQUIEL MALARINO

tribunal de última instancia de las jurisdicciones nacionales y específicamente que “no es un tribunal penal”⁶⁶ pierde sentido si luego ordena a los tribunales nacionales, por ejemplo, reabrir un proceso para volver a juzgar a una persona condenada o absuelta con sentencia definitiva, anular o declarar inválida una ley o bien dejar de lado límites temporales al castigo, como la prescripción.⁶⁷

Lo más problemático de todo esto es que la Corte Interamericana, valiéndose del argumento de que no es un tribunal interno —y especialmente que no es un tribunal penal—, utiliza criterios probatorios menos rígidos que los del proceso penal para constatar la responsabilidad internacional del Estado o incluso, en caso de allanamiento, descarta prueba a favor del Estado confeso.⁶⁸ Este relajamiento probatorio sería inobje-

la sentencia condenatoria (revisión favorable) es admisible con base en esta causal. En efecto, el artículo 362 de la Ordenanza Procesal Penal no incluye esa hipótesis entre los casos de revisión de la sentencia absolutoria (revisión desfavorable). Por otra parte, no es admisible la revisión de una sentencia definitiva no penal opuesta a una sentencia posterior del Tribunal Europeo. El Tribunal Federal Constitucional alemán ha confirmado este punto de vista en su sentencia del 14 de octubre de 2004 (Segundo Senado, sentencia BvR 1481/04). En esa misma decisión, por otra parte, este tribunal alemán ha aclarado cuál es la verdadera naturaleza de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha negado cualquier eficacia casatoria: “[...] el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] emite una sentencia de constatación; con la decisión determina que el Estado parte en cuestión —en relación con el objeto procesal concreto— ha respetado la Convención o la ha contradicho; por el contrario, no emite una decisión casatoria, que directamente revocaría la medida cuestionada del Estado parte” (traducción del autor). Es interesante señalar también la sentencia n.º 129, de 30 de abril de 2008, de la Corte Constitucional italiana en el caso *Dorigo*. En esta decisión, la Corte Constitucional italiana consideró infundado un planteo de ilegitimidad constitucional del artículo 630.1.a del Código Procesal Penal —disposición que regula el recurso de revisión en materia penal— en la parte en que no prevé como supuesto de revisión el caso de que la sentencia penal definitiva sea irreconciliable con una sentencia posterior del Tribunal Europeo, y con ello descartó que pueda reabrirse un proceso terminado con sentencia definitiva —en el caso, condenatoria— a fin de tener en cuenta una sentencia del Tribunal de Estrasburgo dictada posteriormente. En conclusión, la decisión de cuándo una sentencia interna adquiere el carácter de cosa juzgada y cuándo esa cosa juzgada puede ser controvertida es de exclusiva competencia del legislador interno, y la decisión de si, en el caso concreto, están cumplidos los requisitos legales para revisar una sentencia interna corresponde exclusivamente a las autoridades judiciales nacionales.

⁶⁶ Cf., entre muchos otros, caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 156. Cf., sin embargo, el voto razonado del juez Cañado Trindade en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 27, donde defiende una *jurisprudential cross-fertilization* (fertilización cruzada jurisprudencial) entre el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

⁶⁷ El siguiente pasaje de la sentencia de fondo, reparaciones y costas en el caso *La Cantuta contra Perú*, del 29 de noviembre de 2006, es un clarísimo ejemplo de la intromisión de la Corte Interamericana en funciones propias del Poder Judicial nacional: “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta. En particular, [...] no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro [...], ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in ídem [...], o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares” (§ 226, nota omitida). Como se advierte, el párrafo citado también sirve de confirmación de la tendencia punitivista que discutí en el apartado anterior.

⁶⁸ Cf. nota 61.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

table si la Corte se limitara a decidir el objeto del proceso internacional, pero se vuelve perverso cuando ese tribunal ordena a un tribunal penal interno tomar una medida procesal concreta que afecta a individuos que no se “allanaron” y no tuvieron participación alguna en el proceso internacional. Un ejemplo es suficiente para mostrar el problema. En el caso *Bulacio contra Argentina*⁶⁹ la Corte Interamericana ordenó al Estado argentino continuar la investigación penal de un hecho seguido contra un policía (Espósito) a pesar de que el término de la prescripción estaba cumplido (con lo cual ordenó una extensión jurisprudencial del plazo de prescripción *ex post facto*, medida que, según la interpretación corriente de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, lesiona el principio de legalidad penal), a fin de atender el interés de hacer justicia de los familiares de la víctima. En el caso, la Corte Interamericana constató la responsabilidad internacional de Argentina luego de que ese país se allanara a la demanda, y en la reconstrucción del hecho no tuvo en cuenta prueba de descargo presentada por Argentina antes del allanamiento. Básicamente, la Corte estableció que Espósito había efectuado una serie de articulaciones defensivas que habían impedido que el proceso pudiera avanzar hacia su culminación natural y que dichas dilaciones y entorpecimientos indebidos habían frustrado la protección judicial de las víctimas. El señor Espósito, por supuesto, no tuvo ninguna intervención en el proceso internacional y por ello no pudo discutir ni presentar prueba alguna sobre estas cuestiones. En fin, el Estado se allana en un proceso que lo tiene como parte demandada y paga un imputado que no es parte del proceso. Afortunadamente para el señor Espósito existe el sistema interamericano al cual recurrir por la violación de su derecho de defensa y de legalidad ordenada por la Corte Interamericana y cumplida obedientemente por la Corte Suprema argentina.⁷⁰

Este caso nos muestra que la decisión de la Corte Interamericana tiene en cuenta solamente los argumentos de los sujetos procesales del proceso internacional y no, en cambio, todos los intereses que pueden estar en juego en un proceso interno.⁷¹ Esta ya es una razón de peso para que la Corte no ordene medidas concretas en un proceso interno, pues si ella no ha ponderado los intereses y las posiciones jurídicas de todos los intervinientes de ese proceso, no está en condiciones para decidir sobre ese asunto (quien

⁶⁹ Cf. caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 113-121 y punto 4 de la parte resolutive.

⁷⁰ Véanse mis comentarios a la sentencia *Espósito* de la Corte Suprema argentina, del 23 de diciembre de 2004, en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., al final de la nota 43 (punto VIII).

⁷¹ El argumento se encuentra en la sentencia de 14 de octubre de 2004 del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1481/04, punto 3.c., número marginal 59).

EZEQUIEL MALARINO

considera parte de un problema no puede decidir sobre todo el problema), ni tampoco está legitimada a hacerlo respecto a personas que no pudieron exponer sus razones.⁷²

Por otra parte, siempre que la Corte Interamericana ordena a un estado parte, como reparación, una medida que limita un derecho o libertad reconocido en el derecho interno lesiona el artículo 29.b de la Convención Americana (principio *pro hómine*). La Corte hace esto, por ejemplo, cuando prohíbe a los estados invocar reglas del ordenamiento interno que impidan la persecución penal de los autores de graves violaciones de los derechos humanos, tales como el principio de legalidad o el *ne bis in ídem*. Parece que la Corte reconoce un principio superior *pro víctima* que convierte, en ciertos casos, al principio *pro hómine* en uno *contra hómine*.

iii) *Intrusiones en la esfera del poder ejecutivo*. En ocasiones, la Corte ha ordenado al Estado como reparación que implemente ciertas políticas públicas que implican la asignación de importantes recursos estatales en una determinada dirección y que estrictamente no se vinculan con el hecho concreto que origina el deber de reparar.⁷³ Solo con mucho esfuerzo podría sostenerse que la construcción de una red de alcantarillado, de un sistema de agua potable o la mejora de carreteras, para citar unos pocos ejemplos, “reparan” a las víctimas de una masacre.⁷⁴ Además, las autoridades estatales están en mejores condiciones que el tribunal interamericano para determinar si el pueblo o la región

⁷² Otro ejemplo de que la Corte Interamericana no toma todos los intereses del proceso interno se encuentra en el caso *Cantos contra Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 28 de noviembre de 2002, punto 2 de la parte resolutive, donde ese tribunal ordenó al Estado, entre otras cosas, reducir los honorarios regulados a ciertos profesionales por consultorías realizadas en el marco de un proceso judicial que habían sido fijados en una sentencia de la Corte Suprema. La Corte Interamericana no tuvo en cuenta los intereses de los profesionales, ni discutió posibles argumentos de estos para mantener el monto establecido por la Corte Suprema nacional. La orden de la Corte Interamericana afectó, sin lugar a dudas, el derecho de propiedad y el derecho de defensa de los profesionales. Estos argumentos y la incolumidad de la cosa juzgada interna fueron utilizados por la Corte Suprema argentina para no cumplir con la orden de la Corte Interamericana (sentencia *Cantos*, 21 de agosto de 2003).

⁷³ Por ejemplo, la Corte ha ordenado implementar y desarrollar, en el plazo de cinco años, en ciertas comunidades afectadas por una masacre, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región, los siguientes programas: a) estudio y difusión de la cultura maya achí a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las comunidades afectadas y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas (caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004, punto 9 de la parte resolutive y § 109-111).

⁷⁴ Por supuesto que el acceso al agua potable debería ser —al igual que el derecho a la alimentación— un derecho humano de toda persona y seguramente es un derecho que puede derivarse del derecho a la vida. Pero si esto es así, es un derecho del que gozan todos los pobladores, independientemente de que habiten en una zona o pueblo que haya sufrido una masacre.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

donde habitan los familiares de las víctimas fatales o los sobrevivientes de la masacre necesita tales obras de infraestructura. Y, si ese fuere el caso, se debe aún establecer si no hay que satisfacer necesidades más urgentes en otros pueblos o regiones, y ello solamente lo pueden hacer las autoridades nacionales, que cuentan con mejor conocimiento de la situación del país. En una sociedad de recursos escasos, como lo son muchas de las que integran el sistema interamericano, la realización de una medida que requiere de la inversión de grandes recursos económicos implica la imposibilidad de realizar otras medidas. Por ello, tales obras de infraestructura deberían ser decididas por las autoridades locales, quienes, además de estar en mejor posición para evaluar si la medida es necesaria y si existen otras necesidades prioritarias, tienen la responsabilidad política de proteger y brindar bienestar a *toda* la población de la mejor manera posible con los escasos recursos disponibles. La Corte Interamericana pasa por alto estas cuestiones cuando ordena la ejecución de tamañas obras de infraestructura sin hacer —ni poder hacer— una evaluación precisa de la necesidad y las implicaciones de la medida (a veces la Corte ha determinado la necesidad de una medida de este tipo con base en la declaración de un testigo o una sugerencia de la Comisión Interamericana).⁷⁵ La buena intención de la Corte es indudable, pero en un mundo con recursos limitados una orden de reparar de este tipo podría tener consecuencias negativas en el bienestar de otros sectores de la población. Quizás sea más urgente construir carreteras en otra región o asignar esos recursos para combatir problemas más acuciantes, y la decisión de estas cuestiones corresponde a las autoridades nacionales.

Las fuertes injerencias en ámbitos estrechamente conectados con la soberanía nacional expuestas en los puntos *i*, *ii* y *iii* me persuaden de que la Corte debería ejercer un poco más de autorrestricción en sus condenas a reparaciones. Obviamente con esto no estoy diciendo que la Corte no pueda constatar la responsabilidad internacional de un estado cuando crea que una ley, un proceso o una práctica o medida lesionan la Convención Americana. Es claro que la Corte puede y debe hacer eso y que tal constatación de responsabilidad internacional funcionará, en los hechos, de estímulo para que el estado evalúe la conveniencia de adoptar o derogar una ley, prever un mecanismo para anular los efectos de una sentencia que es contradicha por una decisión del tribunal interamericano, o bien modificar o implementar ciertas prácticas, medidas o políticas públicas. Pero de esto a que la Corte Interamericana pueda ordenar a un parlamento

⁷⁵ Cf. caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones y costas, 19 de noviembre de 2004, § 109.

EZEQUIEL MALARINO

nacional votar una ley con determinado contenido, a una autoridad judicial nacional tomar una decisión procesal concreta o a una autoridad administrativa implementar una política pública hay una distancia enorme, precisamente la distancia que media entre no confundir la función de un tribunal internacional de derechos humanos con la función de las autoridades legislativas, judiciales y ejecutivas nacionales y la de hacerlo. En cierto sentido, la pretensión de la Corte Interamericana de poder ordenar medidas a los poderes legislativo, judicial y ejecutivo nacionales evidencia una postura neoabsolutista.

5. En las páginas anteriores he intentado mostrar, primero, que la Corte Interamericana por medio de sentencias modificó sustancialmente el derecho interamericano pactado por los estados (activismo judicial); segundo, que ese activismo condujo al abandono de una buena parte de las garantías liberales que servían de límite frente al poder penal del Estado y a la creación de un derecho penal de excepción (punitivización, o bien activismo judicial iliberal y *contra conventionem*); tercero, que, amparada en la cláusula de las reparaciones, ella ha ordenado a los estados la adopción de medidas que inciden sobre ámbitos fuertemente expresivos de la soberanía nacional, y cada vez en mayor medida amenaza con convertirse en una suerte de legislador, juez y administrador supremo de los estados americanos (nacionalización). Estos rasgos ponen en evidencia que el derecho interamericano está librado en buena medida a la sabia *iuris prudentia* de los jueces y esto es un claro signo de un modelo de derecho premoderno.⁷⁶ La Corte Interamericana desconoce el valor de la legalidad y de la seguridad jurídica, adopta posiciones que frontalmente se oponen a las conquistas liberales y subestima el valor del principio democrático y del principio de autogobierno de los pueblos.

⁷⁶ Cf. Luigi Ferrajoli: "Lo Stato di diritto tra passato e futuro", en Pietro Costa y Danilo Zolo: *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milán: Feltrinelli, 2002, p. 365.