

CAPÍTULO VI

EL CONTROL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de más de tres décadas de funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹⁴⁵ se ha dictado un conjunto de sentencias que ahora forman un sistema vigoroso de jurisprudencia al que se le considera un *corpus* jurídico interamericano en materia de derechos humanos. Algunos autores, como Gonzalo Aguilar Cavallo hablan de la estructuración de un “derecho americano de los derechos humanos”,¹⁴⁶ este autor entiende por tal:

aquellas normas, principios y estándares que han ido surgiendo producto del establecimiento de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, particularmente, a partir de la actividad de la Corte IDH, y que constituyen los rasgos definidores o distintivos de los derechos humanos en el continente americano.¹⁴⁷

Ese cuerpo jurídico interamericano está formado por la sentencias que son obligatorias para las partes, y fuera de ellas las sentencias, las opiniones consultivas (OC) y las resoluciones de la

¹⁴⁵ Véase Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, 346 pp.

¹⁴⁶ Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 3-89.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

Comisión IDH, que al final de cuentas también son ejercicios de interpretación de la Convención Americana y juntas son guías de interpretación para otros casos incluyendo en el foro interno.

Así, el *corpus iuris* tiene un momento histórico, especial de aparición, precisamente en momentos en que las dictaduras latinoamericanas se vienen abajo y a nivel global el sistema bipolar entra en crisis y después también se derrumba (como vimos anteriormente). Los países de la región refuerzan sus esperanzas en los derechos humanos y la democracia como forma especial de vida y gobierno. Incluso México (más bien su gobierno) que se había mantenido con un discurso de un país respetuoso de los derechos humanos, tiene que aceptar que hay necesidad de incorporarse al sistema interamericano de derechos humanos.

A lo largo de estos años, podemos decir que en forma muy dinámica, se han conocido cientos de casos tanto en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como en la Corte IDH.

La Corte ha realizado una labor encomiable desarrollando una sólida jurisprudencia en la que se interpreta la Convención ADH sobre los diferentes derechos protegidos por ella (por ejemplo, es importante su jurisprudencia en materia de los derechos económicos, sociales y culturales);¹⁴⁸ es sobresaliente su jurisprudencia en materia de reparaciones, derechos de las mujeres,¹⁴⁹ niños y niñas;¹⁵⁰ libertad de expresión;¹⁵¹ derecho de los migrantes,¹⁵² etcétera.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 16-23.

¹⁴⁹ Franco, Rodríguez, María José, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 82 pp.

¹⁵⁰ Ortega Soriano, Ricardo A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 48 pp.

¹⁵¹ Castilla Juárez, Karlos A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 73 pp.

¹⁵² Morales Sánchez, Julieta, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2011, 68 pp.

Además, con técnica sobresaliente, ha desarrollado dos aspectos que nos interesa comentar. Uno de ellos es su labor en la identificación de algunas normas de *ius cogens*, por ejemplo, el principio de igualdad, la prohibición de la discriminación y el acceso a la justicia, y después el segundo aspecto es el reconocimiento de la doctrina de control de convencionalidad (CC).

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad (CC) que la doctrina ha venido desarrollando en los últimos años¹⁵³ tiene varias imprecisiones. La primera es la que se refiere a la autoría. Tanto el concepto, como la palabra “control” datan, como lo vimos, por lo menos del siglo XIX, nace con la idea de controlar el cumplimiento de los obligaciones que adquiere el Estado por vía convencional.

Ahora bien, a nivel interamericano el concepto se ha hecho famoso a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), órgano de control junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, nota 49, párrafo 124. En dicha sentencia se le recuerda a los Estados que como parte de sus obligaciones “...el poder judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Como un ejercicio de comparación para medir la evolución de la figura de CC, vemos que la Corte IDH ha venido utilizando el concepto en aproximadamente veinte sentencias, desde el citado caso *Almonacid* hasta el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*. Como veremos, hay una evolución de carácter expansivo del sistema de control desde la expresión “especie de control de convencionalidad” en *Almonacid* a un control *ex officio*.

¹⁵³ Véase Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, 204 pp.

III. DEL CASO ALMONACID A LA EVOLUCIÓN ACTUAL DEL CC

Ahora bien, en el caso Almonacid se habla con un lenguaje no preciso, de “una especie”, quizá refiriéndose a la existencia de un control general; el control aquí es visto como un mecanismo que sirve como puente entre el derecho internacional convencional y el derecho interno. El CC que se plantea en el Caso Almonacid es bastante más complejo que la obligación para los jueces, como lo podemos ver en el siguiente párrafo:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁵⁴

Es notoria la formulación que se hace; en principio, los jueces “como parte del aparato del Estado” están obligados a “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Es decir, el Poder Judicial debe ejercer “una especie de

¹⁵⁴ Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrafo 123. Tomado de García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. IV, pp. 619-655.

control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas y la Convención ADH. En general, de lo anterior se puede desprender que:

- De conformidad con el artículo 2 de la Convención ADH, el Legislativo de los Estados parte tiene la obligación de hacer control de convencionalidad, en el sentido de “suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”;
- Y ante tal situación, el Poder Judicial “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”. Este concepto es relevante porque no se trata, o no se está planteando, de inmiscuirse en los asuntos del Legislativo. El control plantea una mera abstención de aplicar una normatividad contraria a la Convención ADH.
- El incumplimiento de la Convención ADH por parte de cualquier órgano del Estado es causa de responsabilidad para el mismo Estado. Esto implica que el CC se debería de realizarse no sólo por los poderes Legislativo y Judicial, sino también por el Poder Ejecutivo, con el riesgo de que si no se hace, se puede incurrir en responsabilidad internacional.
- En el ejercicio de CC, el juez debe de tener en cuenta no sólo el tratado “sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Con eso se crea una jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos.

Otra reflexión que se desprende de la anterior frase es la relativa a que la Corte IDH es el intérprete último de la Convención, en consecuencia, cuando emite opiniones consultivas, también está haciendo una labor de interpretación en consecuencia también será parte de ese corpus jurisprudencial interamericano. ¿Y qué pasa con las resoluciones de la Comisión IDH? Si la Corte

se está considerando que es la intérprete última, significa que hay otras interpretaciones, y en este caso sería la Comisión. En consecuencia, el juez debe de tomar en consideración también las resoluciones de este órgano de control como criterios que guían la aplicación.

En una evolución posterior del CC, la Corte añadió al concepto que debe ser *ex officio*, “aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.¹⁵⁵

Estos elementos del CC, la Corte IDH los reitera en diferentes otros casos (Boyce y otros *vs.* Barbados 2007; Radilla Pacheco y otros *vs.* México, (2009). En los casos Fernández Ortega y otros *vs.* México y Rosendo Cantú y otra *vs.* México, la Corte IDH estableció ciertas modalidades al CC, diferentes a las que vimos anteriormente.

En principio vía el CC obliga a realizar reformas legales y a que los jueces, inmediatamente y de oficio, conozcan de los asuntos en lugar del fuero militar.¹⁵⁶ Es decir, lo que requeriría una

¹⁵⁵ “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Corte IDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párrafo 128).

¹⁵⁶ De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica

reforma legal o constitucional, independientemente de ellas, la Corte IDH ordena a los jueces internos, vía CC, que conozcan los asuntos de carácter militar, insistimos, independientemente de la reforma legislativa correspondiente. Ahora bien, en el CC no se trata el examen de las leyes frente a la Constitución, sino el examen de compatibilidad de la ley con la Convención ADH.¹⁵⁷

Por otra parte, si el Estado alega ante la Corte IDH que ya ha realizado el CC, a quien corresponde determinar si ese control se ha realizado o no, es a la misma Corte IDH.¹⁵⁸ En otras palabras, no es suficiente afirmar que se realizó CC, es necesario que se pase el examen que realiza la Corte IDH, la cual tiene un control del CC.

que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar ... en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario (Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párrafo 237, y Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párrafo 220).

¹⁵⁷ “En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento núm. 153 (*infra* párrafo 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana. Corte IDH, caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párrafo 49.

¹⁵⁸ “De otra parte, la conclusión anterior no se modifica por el hecho de que el Estado alegue que los tribunales nacionales hayan ejercido *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana. En efecto, será en la etapa de fondo en la que se determinará si el presunto control de convencionalidad que alegó el Estado involucró un respeto de las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal y del derecho internacional aplicable” (Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrafo 21).

Pero, aún más, la Corte en su proceso evolutivo ha ordenado que se realice CC inclusive de su jurisprudencia, lo que puede ser muy excesivo dada la naturaleza jurídica de la jurisprudencia internacional. Esta postura es también clara en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina* (2012), en donde la Corte estableció:

En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la necesidad de tener en cuenta las situaciones de vulnerabilidad que pueda afrontar una persona, especialmente cuando se trate de menores de edad o personas con discapacidad, con el fin de que se les garantice un trato preferencial respecto a la duración de los procesos judiciales y en el marco de los procesos en que se disponga el pago de indemnizaciones ordenadas judicialmente.¹⁵⁹

Técnicamente esta apreciación de la Corte no es correcta ya que la naturaleza de la jurisprudencia (véase artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) no es obligatoria. Quizá la Corte debió utilizar otra argumentación más que la obligatoriedad de la jurisprudencia. Aquí, se trata de la aplicación del principio *pro homine*, más no la aplicación de la jurisprudencia, pues no es obligatoria.

IV. LAS CRÍTICAS AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ¿HASTA DÓNDE PUEDEN LLEGAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH?

Dentro de la dinámica de la evolución vertiginosa de la jurisprudencia ya también han aparecido detractores de la función

¹⁵⁹ Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párrafo 305.

de la Corte IDH, y lo que es más grave, varios Estados se han retirado o pretenden retirarse de ella, con lo que se debilitaría ese impresionante desarrollo que se ha logrado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por ejemplo, hay una corriente del pensamiento que sostiene “que no pueden utilizarse las disposiciones del tratado para sustituir la normatividad interna”.¹⁶⁰ A propósito, también ese discurso se pretendió aplicar en el caso del sistema jurídico mexicano, en donde se argumenta que la Constitución no otorga ni al presidente ni al Senado (que son los encargados de gestionar los tratados internacionales) facultades para hacer esa transmisión o renuncia de la soberanía.¹⁶¹

Además, en casos de Venezuela y Colombia ante la Corte IDH se ha planteado el desacato de las resoluciones de la Corte IDH, lo que lleva a formular varias cuestiones: ¿es posible alegar el no cumplimiento de la sentencia porque ésta viole la Constitución? O bien, ¿se puede alegar que la Corte IDH actúa *ultra vires* al decidir ella misma su reglamento sin que sea aprobado por la OEA?¹⁶²

Pero, todavía hay una posición crítica más elaborada y es la del profesor E. Malarino,¹⁶³ quien considera que la jurisprudencia

¹⁶⁰ Salgado Ledesma, Eréndira, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, junio-diciembre de 2012, p. 231.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² La Corte IDH “...dicta su propio Reglamento y fija las reglas procesales que rigen su jurisdicción acorde con lo dispuesto en el artículo 25 de su Estatuto. La actitud de dictar sus normas procesales posibilita a cualquier ente ejercer discrecionalidad en el análisis de los puntos debatidos a su amparo y ocasionalmente puede afectar sus decisiones de certeza jurídica” (Salgado Ledesma, *op. cit.*, p. 252).

¹⁶³ En forma concreta, la crítica que se endereza a la Corte IDH está resumida en lo siguiente:

“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

cia de la Corte IDH está caracterizada por su activismo judicial, es decir, que “introduce en el sistema interamericano una nueva norma no pactada por los Estados o altera o suprime una norma pactada”¹⁶⁴ y después da varios ejemplos: “la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes de internacionales...”, “la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular...”.¹⁶⁵ Concretamente, en el caso Barrios Altos contra Perú, la Corte IDH “derivó una prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos de los artículos 1.1. 2, 8 y 25 de la Convención Americana”, pero “...ninguna de estas disposiciones es capaz de contener semánticamente una regla con tal contenido”.¹⁶⁶

Tal crítica no es muy adecuada, pues lo que propone la Corte IDH en Barrios Altos es la violación de la prohibición de amnistiar graves violaciones de los derechos humanos. Ahora bien, qué es lo que sucede con la amnistía, entre otras cosas, es crear impunidad de las grandes violaciones de los derechos humanos. La Convención Americana en su artículo 1.1 establece el compromiso de los Estados partes en dicha Convención de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona...”. Evidentemente, con la

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 reparación, en funciones expresivas de la soberanía estatal...” para rematar que las resoluciones tiene un contenido “antidemocrático y antiliberal”, Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ambos, Kai *et al.*, (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlín, Georg-August-Universität-Göttingen-Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 29.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 31.

amnistía se hace nugatorio el ejercicio de los derechos humanos contenido en la Convención Americana, y en forma concreta en sus artículos 8 y 25.

En efecto, es una cuestión de interpretación de la normatividad internacional. El jurista Malarino, en su preocupación porque la Corte se ajuste a la norma, menciona que la interpretación que a veces aplica la Corte IDH en realidad lo que está haciendo es crear derecho mediante la interpretación, de lo que se trata es “modificar el texto o de incorporar una nueva norma jurídica...”¹⁶⁷ y eso, remata la crítica, no es interpretación. En el caso de Barrios Altos, no me parece que incurra en tal error; la Corte está reconociendo los efectos jurídicos, la amnistía y su impacto en la Convención Americana.

Ahora bien, algo que llama la atención de la crítica es que parte de un sofisma al considerar que el tratado denominado Convención Americana está aislado. El afirma: “El sistema interamericano, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no abre sus fuentes a todo el derecho internacional”.¹⁶⁸ Más adelante, en esa misma línea de pensamiento afirma: “el sistema interamericano no es un sistema general y universal de derecho 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)”.¹⁶⁹

¿Eso significa que la Convención Americana al no mencionar que son aplicables otras manifestaciones (fuentes) jurídicas internacionales, sólo se aplica, y estrictamente, la Convención Americana?

Con esta postura reduccionista se deja fuera a la costumbre, a los principios generales del derecho, a la doctrina y a la jurisprudencia, que por supuesto son obligatorias vía el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que sin duda ya

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 40.

es una norma jurídica de carácter consuetudinaria, si es que no se acepta *ab initio* su naturaleza convencional. Además, nosotros agregaríamos a las resoluciones de los organismos internacionales como fuente del derecho internacional. De hecho, la Corte IDH en sus sentencias se ha apoyado en la costumbre internacional en sus resoluciones.¹⁷⁰

Regresando a la cuestión de la amnistía, ¿la Corte IDH, por ejemplo, no podría declarar que la prohibición de la amnistía es una norma de carácter consuetudinario, que las cortes internacionales y los Estados en su derecho interno deben de acatar? Independientemente de que la amnistía produce efectos negativos en la sociedad, pues se mantienen abiertas heridas sociales.

El derecho internacional es parte de un sistema general, aunque al mismo tiempo es posible (lo que sucede frecuentemente) la creación de subsistemas con características propias, de ahí que podamos hablar de costumbres regionales; pero insistimos, al mismo tiempo está inserto y se retroalimenta del sistema general, por no decir mundial, del derecho internacional.

Este punto es muy importante, porque de él podemos desprender que la Corte IDH tiene que fundamentar su actuación en un marco jurídico establecido por el derecho internacional público, la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, cuya normatividad también tiene naturaleza consuetudinaria, por ejemplo, establece normas concretas sobre interpretación, entre ellas el objeto y fin de los tratados,¹⁷¹ así como el principio *pro homine* que sirve como guía al juez en su decisión. Además, no olvidemos el carácter especial de los derechos humanos.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, Corte IDH, caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, sentencia de reparaciones, 27 de agosto de 1998, párrafo 68; caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador, Sentencia de Fondo y de Reparaciones, 4 julio de 2007, párrafo 55.

¹⁷¹ Artículo 31 de Viena 69. “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Ahora bien, la punitivización de la que habla Malarino se traduce en: un

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 sólo 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* de control de convencionalidad).¹⁷²

El autor mencionado, para sustentar su afirmación, cita tres ejemplos, de los cuales mencionaremos el siguiente:

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*. El artículo 8.4 es desaplicado con base en “derechos de las víctimas” no explicitados 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.¹⁷³

¹⁷² Malarino, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. tendencias antidemocráticas y antiliberales de la corte interamericana de derechos humanos”, en Ambos Kai *et al.*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

Para situar el problema con mayor claridad hay que decir que Malarino se refiere a la sentencia dictada en el caso *Almonacid Arellano* contra Chile; este hecho es importante, pues parece que el jurista pierde la perspectiva de lo que son los derechos humanos y de lo que se estaba juzgando en el caso de *Almonacid*. En principio, los derechos humanos tienen una lógica diferente al derecho formal que se aplica en el caso de los tratados internacionales en materia, digamos, por ejemplo, de comercio exterior; en otro lado vimos que los derechos humanos se rigen por principios propios como el de *pro homine* y que estamos hablando de crímenes muy graves cometidos por una dictadura cruel como la de Pinochet que, esa sí, hizo nugatoria toda defensa de las víctimas ante los tribunales. Es lógico que si estamos hablando de una dictadura que suprime todos los derechos y aún más los procesales, la Corte IDH lo que haga es resarcirlos. Malarino al parecer habla como si no conociera los sistemas dictatoriales de América Latina, que no son un ejemplo de respeto por los derechos humanos, inclusive aún hoy donde se jacta de regímenes democráticos, la impartición de justicia y el respeto de los derechos humanos deja mucho que desear.

Pero aún así, sin tomar en cuenta estos elementos de juicio que juegan un papel importante en el caso de los derechos humanos, en materia de pruebas, inclusive en derecho procesal civil, está la figura de “pruebas supervinientes” que se refiere al caso de pruebas que no se conocieron o a las que no se tuvo acceso en el momento procesal oportuno, motivo por el cual se puede abrir el procedimiento.

Más adelante, la crítica se refiere a la “nacionalización”, refiriéndose a las sentencias de reparación de la Corte, que a su juicio en algunos casos se incurre en la “intromisión en las esferas del Poder Legislativo y del Poder Constituyente” y, en general, la Corte “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).¹⁷⁴

De hecho, la Corte IDH sustenta su “intromisión” en el derecho consuetudinario, no se lo saca de la manga, como vemos del siguiente párrafo tomado del caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador:

55. Por otro lado, en relación con la obligación general contenida en el artículo 2o. de la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que:

[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”; *échange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J. I., série B, no. 10, p. 20*).¹⁷⁵

En realidad, la Corte lo que hace es simplemente realizar una labor de ser garante, intérprete de la Convención Americana en su contexto jurídico internacional. Eso es positivo pues la Corte IDH al parecer le está haciendo el trabajo a los Estados, que son remisos o violadores de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. ¿Pero qué pasa si la Corte IDH en sus sentencias se excede en sus facultades? Como sabemos, las sentencias que dicta la Corte IDH son finales e inapelables. Por otra parte, las sentencias son obligatorias, pero el sistema interamericano no tiene facultades de aplicación coercitiva, esa facultad la conserva el Estado. Ahora bien, si en el momento de recepción de la sentencia, para su cumplimiento en derecho interno, sus órganos de poder consideran de buena fe que la sentencia rebasa su sistema constitucional tienen posibilidades de no cumplir con

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹⁷⁵ Tomado de García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. V, p. 388.

la ella, caso en el cual entrarán en responsabilidad internacional hasta que no cumplan con la sentencia o hagan los ajustes necesarios en su legislación.

En ese sentido, aunque no compartamos plenamente con las críticas antes analizadas a las decisiones de la Corte, hay que tomar en cuenta que son una expresión de preocupación que se deben de analizar, hay que exigirle a la Corte mayor rigurosidad en la fundamentación de sus decisiones.

Por lo demás, las críticas vertidas son conocidas y tienen que ver con los conceptos cerrados de soberanía. Una concepción todavía westfaliana del Estado y de la soberanía y que no va de acuerdo con las disposiciones que se han aceptado de manera convencional (por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) y consuetudinaria, y que se manifiesta en los principios *pacta sunt servanda* y la prohibición de alegar una norma de derecho interno para excusarse de una obligación internacional. Además de que no se toma en cuenta la naturaleza de los derechos humanos, parte de un orden público internacional regido por principios como los de progresividad y *pro homine*.

No olvidemos que la esencia de los derechos humanos es que se refieren a la protección de los seres humanos que por definición están en una posición de desventaja frente al poder estatal. El derecho internacional de los derechos humanos tiene un carácter progresivo, no nos asombre que esté en constante evolución y tiene un carácter protector de los individuos.

V. LOS MINUS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La literatura sobre el tema en general es optimista y de cierta manera fuera de medida. En principio, porque el *corpus iuris* no llega a ser totalmente interamericano, ya que los países de cultura anglosajona, como sabemos, no forman parte del sistema.¹⁷⁶ En

¹⁷⁶ No son parte de la Convención Americana, en orden alfabético: Antigua y Barbudas, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, San Kitts y Nevis, Sana Lucia y San Vicente & Grenadins.

forma concreta, los Estados Unidos y Canadá ni siquiera son parte de la Convención Americana; sin embargo, los Estados Unidos envían jueces de su nacionalidad a la Corte IDH y de alguna manera ejercen cierta influencia a través del financiamiento (lo cual no se puede probar, pero es *vox populi*). Esta posición de la potencia nortea debilita su posición de referente en materia de derechos humanos que maneja su política exterior. Pero, lo más importante es que desafortunadamente no podemos hablar de un *corpus iuris* regional porque solamente una parte, aunque importante en desarrollo y población, es cubierta por el manto de interpretación de la Convención ADH que realiza la Corte IDH.

En el caso de *jus cogens*, indudablemente, es muy positiva la labor de la Corte IDH en identificar las normas que tienen el carácter de derecho imperativo como lo define la Convención de Viena de 1969; sin embargo, también podemos decir que hay cierta debilidad en la identificación de este tipo de normas, pues no hay un razonamiento que lo sostenga, ni tampoco de que los jueces que nos digan cuál o cuáles fueron los elementos que encontraron en las normas para considerarse de *ius cogens*; por ejemplo, la Corte IDH ha dicho:

...el Tribunal considera que no podría sostenerse una interpretación de la Convención que atente contra el principio de igualdad y no discriminación, el cual subyace a todos los derechos humanos, y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*. La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que sobre este principio fundamental descansa el andamiaje del orden público nacional e internacional por lo cual permea todo el ordenamiento jurídico.¹⁷⁷

De acuerdo con el párrafo transcrito el “principio de igualdad y no discriminación” tiene carácter de *jus cogens*, lo que no se dice es cómo llegó la Corte a tal conclusión. Recordemos que la

¹⁷⁷ Corte IDH, artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, serie A, núm. 20, párrafo 54, p. 59.

Convención de Viena sobre derecho de los tratados, en su artículo 53, define a las normas imperativas de derecho internacional como "...una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". En el caso concreto, ¿cómo sabemos que "el principio de igualdad y no discriminación" es "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario...?".

Es indudable que la solidez de la normatividad, y en este caso de las normas de *jus cogens* depende de su fundamentación, y en su ausencia se corre el peligro de una explosión de las normas que no sean estrictamente aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados.