

# Ronald Dworkin y el activismo judicial internacional

*Raúl Fernando Núñez Marín\**

## Resumen

Ronald Dworkin fue uno de los teóricos del derecho más influyentes de la segunda mitad del siglo XX y su legado influye a todas las instituciones jurídicas. El derecho internacional no es la excepción, y las cortes, como máximos exponentes del nuevo desarrollo del derecho internacional han retomado varios de sus postulados en lo referente al activismo en la defensa de los derechos humanos con una percepción más realista del ámbito jurídico internacional.

*Palabras clave:* realismo jurídico, activismo internacional, derecho internacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, control de convencionalidad.

## Abstract

Ronald Dworkin was one of the most influential theorists of the law in the second half of the twentieth century and his legacy has influenced all legal institutions. International

---

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Bogotá. Cursos especializados en Derechos Humanos y Derecho Humanitario de American University Washington College of Law. En la actualidad cursa estudios doctorales en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Codirector de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Gerente del Convenio HED – American University. Autor de diversos artículos en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Profesor de pregrado y posgrado de Derecho Internacional y Derechos Humanos. Miembro de Global Alliance For Justice Education (GAJE).

law has been no exception, and international tribunals, as exponents of the new development of international law have taken up several of its principles in relation to activism in defense of human rights, with a much more realistic perception of the international legal framework.

*Keywords:* legal realism, international activism, international law, inter-american human rights system, conventionality control.

## Introducción

Caracas, 6 de septiembre de 2012

Desde la autoridad moral y política que esta circunstancia le otorga a la República Bolivariana de Venezuela en materia de derechos humanos, es coherente denunciar que en los últimos años la práctica de los órganos regidos por el Pacto de San José, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (corte IDH), se han alejado de los sagrados principios que están llamados a proteger, convirtiéndose en un arma política arrojada destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, y en especial al de nuestro país, adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos de nuestro gobierno, vulnerando y desconociendo principios básicos y esenciales ampliamente consagrados en el derecho internacional, como lo son el principio del respeto a la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos, llegando incluso a desconocer el propio contenido y las disposiciones de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), sobre todo, en aspectos referidos a los presupuestos que de acuerdo a la Convención, harían procedente la actuación de la CIDH y de la Corte IDH, como lo es el necesario agotamiento de los recursos internos del Estado parte de la Convención, lo cual supone un desconocimiento al orden institucional y jurídico interno de cada uno de los Estados que forman parte de dicho tratado internacional, y por ende también, otro irrespeto a la soberanía de los mismos; denotando con ello una importante regresión al llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que se hace impostergable subsanar<sup>1</sup>.

Estas palabras –y en general, los últimos acontecimientos ocurridos en el marco del Proceso de Fortalecimiento al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos–, son la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela de la Conven-

---

1 Nota de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos de la República Bolivariana de Venezuela depositada ante la Organización de los Estados Americanos.

ción Americana Sobre Derechos Humanos, fundamentada en la negativa injerencia de la CIDH en asuntos como el golpe de Estado de 2002, la falta de investigación de este órgano de hechos anteriores a 1999 y su actuación en el caso Brewer Carías contra Venezuela<sup>2</sup>, y por las actuaciones de la Corte IDH en casos como Ríos y Perozo (RCTV y Globovisión), Usón Ramírez<sup>3</sup>, Apitz Barbera<sup>4</sup>, Leopoldo López<sup>5</sup> y el reciente Díaz Peña contra la República Bolivariana de Venezuela. Así como el debate público en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Cochabamba respecto a la reducción del presupuesto de la CIDH, especialmente de la Relatoría para la Libertad de Expresión, plantean una discusión no de menor talante sobre el papel que los jueces interamericanos (entendidos por ellos como jueces de la Corte IDH y Comisionados de la CIDH) cumplen acerca de la protección de los derechos humanos en las Américas y cómo este rol puede implicar, en muchos casos, un trabajo activista de descubrimiento de derechos en condiciones políticas adversas<sup>6</sup>.

Un elemento importante para el desarrollo de la discusión, al menos desde el punto de vista teórico, es el análisis de la situación a la luz de los postulados esgrimidos por Ronald Dworkin en sus obras. Especialmente, en *El imperio de la justicia* y *Los derechos en serio*, dónde se observará cómo, desde la perspectiva dworkiniana de la actividad de un juez en la sociedad, los actos de la CIDH, y en muchos casos de la Corte IDH, corresponden a un verdadero activismo judicial interamericano (que no es reprochable per se e incluso, como se observará, necesario para alcanzar las metas de la Convención) que en algunas ocasiones resulta preocupante e incómodo para los Estados al cuestionar sus decisiones políticas, jurídicas y legislativas, desde un sistema judicial internacional que, a veces, realiza interpretaciones extensivas de su competencia y de sus procedimientos de admisibilidad con el objetivo de la protección de los derechos humanos.

Quizás esta discusión sería distinta desde la perspectiva de Hart quien nos llevaría a decir que la discrecionalidad del juez es normal toda vez que es un ser humano que incluye sus posiciones políticas y personales en sus decisiones, aprovechando la interpretación. Sin embargo, creemos que el Sistema Internacional de Justicia debe contener un método

2 CIDH. Informe no. 97/09. Caso Alan Brewer Carías contra Venezuela. Admisibilidad. 8 de septiembre de 2009.

3 Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

4 Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

5 Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233.

6 El Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha consistido en una pública discusión en el seno de la OEA respecto de las facultades que la CIDH puede tener respecto de los países básicamente en cuanto a las Medidas Cautelares, el sistema de admisión per saltum, la acumulación de procedimientos en la Comisión y el presupuesto de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Para un mayor conocimiento de este proceso puede consultarse la Revista *Aportes Dpfl*. No.16, año 5 de marzo de 2012, Fundación para el debido proceso. O en la página de la CIDH [www.cidh.org](http://www.cidh.org).

de razonamiento más seguro para que su legitimidad no sea cuestionada, como está sucediendo en el caso de Venezuela.

## Un breve acercamiento a la teoría de Dworkin

Con el fin de realizar el análisis citado, es menester hacer un corto acercamiento a la teoría de Dworkin. Para el autor, el fundamento último de la ley y el derecho, en general, es el reconocimiento y la protección de los derechos individuales. Esta concepción, explicada con toda claridad y profundidad en el texto *Los derechos en serio*, es la base de todo su proyecto filosófico y jurídico que se denomina un proyecto triple que incluye: el reconocimiento de los derechos individuales liberales como elementos básicos y constitutivos de ley; situar tales derechos en el contexto de una teoría política liberal; y formular una teoría del derecho que pueda relacionar estas dos metas.

La teoría formulada por Dworkin se desarrolló, básicamente, en oposición a la hipótesis jurídica predominante en la época, la de Herbert Hart<sup>7</sup>. La razón de este contraste surge de la imposibilidad de explicar el reconocimiento y la protección de derechos individuales que realizaba la Corte Suprema de los Estados Unidos desde la óptica de Hart. Dworkin critica con todas sus fuerzas la denominada discrecionalidad judicial propuesta por Hart y aún más, sus criterios de textura abierta del lenguaje, analogías y precedentes, así como las consideraciones de índole extrajurídico. Es aquí donde Dworkin encuentra un verdadero peligro porque con un esquema tan amplio es muy fácil que el juez pierda el rumbo en su labor de reconocimiento de los derechos.

Dworkin (2012) argumenta que cada caso tiene una solución correcta que el operador judicial debe expresar en términos de un derecho (lo cual no implica necesariamente que siempre sea un derecho fundamental) al ser atribuible a una de las partes<sup>8</sup>. De esta manera, enfocó sus estudios a la formulación de un concepto de ley que guiara, mejor, obligara a los operadores judiciales en el ejercicio de sus funciones y que, de contera, los llevara a aplicar como regla de derecho, los derechos individuales de un modo correcto.

En este orden de ideas, Dworkin le resta importancia a la actuación del legislador, lo cual puede responder a dos fenómenos. El primero, es que su teoría se encontraba basada en un sistema de derecho anglosajón de construcción preponderantemente jurisprudencial (en base a los *restatements* y compilaciones de precedentes)<sup>9</sup>. El segundo, que realizó

7 Al respecto resulta interesante la revisión de distintas obras sobre la discusión académica entre Hart y Dworkin. Por ejemplo, Rodríguez (2002).

8 A esto es a lo que Dworkin denomina el principio adjudicativo de integridad.

9 Esto resulta parcialmente cierto en la actualidad debido a la proliferación de normas del ejecutivo en los Estados Unidos bajo la forma de ACT, sin embargo en la década de los sesenta y setenta la construcción jurisprudencial del

tal eliminación de manera deliberada entendiéndolo que el juez, al aplicar concepciones en vez de conceptos, los cuales son materia propia del legislador, se encuentra en mejor capacidad de reconocer, descubrir, proteger y aplicar los derechos individuales.

Esta posición da lugar a la existencia (de hecho necesaria y esperable) de un activismo judicial en materia de reconocimiento de derechos que debe suplir las funciones del legislador en materia de reconocimiento de los mismos –normalmente insuficientes por la politización de su labor–. Evidentemente el juez que se encuentra llamado a realizar estos actos es el juez constitucional, ya que Dworkin considera a la Constitución como un concepto unívoco y fundamental para el descubrimiento y reconocimiento de los derechos, así no estén expresamente reconocidos en la misma.

El programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente vagas con el ánimo que he descrito, a pesar del tipo de razones concurrentes que mencioné. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos Estados y el presidente (Dworkin, 1989).

Por último, es importante aclarar el concepto de casos difíciles que interesa a esta exposición. Dworkin entiende que estamos ante un caso difícil “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez –de acuerdo con esta teoría– tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido”. Para ello, Dworkin idea un esquema de razonamiento en el que se debe organizar.

[...] una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese esquema de gobierno, lo mismo que el árbitro de ajedrez se ve llevado a elaborar una teoría del carácter de su juego. Debe enriquecer esa teoría refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales. Debe generar teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global.

## Activismo judicial internacional

Las posiciones anteriores resultan claramente aplicables al orden interno en materia constitucional y de protección a derechos fundamentales con acciones públicas de tutela, populares de grupo o class actions. Sin embargo, es necesario observar su aplicabilidad al orden internacional.

---

derecho resultaba prevalente. Sin embargo, esto se puede observar claramente en los análisis de Dworkin respecto de la Corte Warren, los elegidos de Nixon y las decisiones judiciales sobre discriminación inversa.

Partamos de un punto. Así como Dworkin considera la Constitución un concepto unívoco ¿podríamos definir los tratados internacionales sobre derechos humanos como conceptos unívocos? Y de ser afirmativa la respuesta, ¿es la función del juez internacional darle alcance, contenido, reconocimiento y protección a estos derechos, en una suerte de activismo judicial internacional? A este interrogante debe contestarse: depende.

Para que la respuesta sea afirmativa debe existir un sistema de índole judicial que juzgue responsabilidades en materia de violación e incumplimiento de las obligaciones emanadas de dicho tratado. De no existir este órgano, no podríamos responder positivamente a esta pregunta. Es así como podemos llegar a la conclusión de que el SIDH, y en especial, la CADH, cumplen con el requisito de concepto unívoco cuyo análisis permitirá al juez, el reconocimiento y la protección de derechos individuales.

Al responder la segunda pregunta debemos acudir, entonces, al concepto de casos difíciles ¿Son los asuntos que se juzgan ante el Sistema Interamericano casos difíciles y por tal razón, tendrá que presentarse un activismo judicial que busque el descubrimiento de un derecho de las partes en conflicto? Resulta evidente que la respuesta a este interrogante es afirmativa. Por su naturaleza coadyuvante y subsidiaria, el SIDH solo conoce de casos que no han podido ser resueltos en la jurisdicción interna, ya sea por imposibilidad o por desinterés, lo cual plantea una nueva dificultad, la realidad social.

La dificultad de los casos de derechos humanos varía por el contexto social y político del Estado implicado y no por el carácter de los derechos involucrados, ya que un caso de libertad de pensamiento y expresión en un entorno como el venezolano puede resultar igual de difícil que un caso de ejecución extrajudicial en Colombia.

Es aquí donde el juez utiliza el método de razonamiento descrito, y el juez internacional se convierte en el mayor activista posible, en el mayor Hércules, pues al no comprometerse con situaciones políticas internas, y al encontrarse con cierta inmunidad, otorgada por la característica internacional de su jurisdicción, se permite el lujo de oponerse a decisiones políticas, legislativas y judiciales de los propios órganos de los Estados, ordenando el retiro de normas y decisiones de sus máximos jueces como en el caso *Atala Riffo* o el levantamiento de normas jurídicas como el de *Barrios Altos*<sup>10</sup> o el *Gómez Lund contra Brasil*<sup>11</sup>.

10 Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83.

11 Corte IDH. Caso *Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

## El ejemplo más claro de activismo judicial internacional: el control de convencionalidad

El más claro ejemplo del activismo judicial internacional es la creación del concepto de control de convencionalidad, esgrimido por la CIDH por primera vez en el caso Almonacid Arellano contra Chile<sup>12</sup>.

El control de convencionalidad nace de la misma naturaleza de una jurisdicción internacional de derechos humanos. Tal y como lo manifiesta la CIDH en reiterada jurisprudencia; desde Velásquez Rodríguez frente a Honduras<sup>13</sup>, el carácter de esta jurisdicción es complementario y coadyuvante. En este sentido, quien desee acudir a esta, deberá haber agotado en debida forma los recursos internos, idóneos, adecuados y efectivos, o al menos, estar incurso en alguna de las excepciones que se incluyen en el artículo 46.2 de la CADH. Así mismo, esto implica que el SIDH no puede constituirse en una suerte de sede de apelación, es decir, una cuarta instancia.

De lo anterior se colige que el SIDH solo entra en acción una vez el sistema nacional ha demostrado su falta de eficacia respecto de la protección de un derecho humano conculcado. Esto implicaría que, de entender exegéticamente este postulado, el SIDH sería una especie de sistema estático que solo será efectivo cuando las presuntas víctimas lo activen varios años después de ocurridas las violaciones a derechos humanos.

Lo que resulta impensable por la inoperancia material que tendría un sistema que se entendiera así. De allí, surge la necesidad de interacción entre los sistemas nacionales y los sistemas internacionales, y en este caso, entre los sistemas jurídicos latinoamericanos y el SIDH.

El mismo ha sido definido en dos sentidos. Uno, internacional y otro nacional. El internacional hace relación a la labor misma de la CIDH respecto de la aplicación de las normas interamericanas sobre derechos humanos por encima de normas nacionales, lo cual ha sido realizado con rotundo éxito por esta corte en casos tan relevantes como Última Tentación de Cristo contra Chile<sup>14</sup>, Barrios Altos y la Cantuta contra Perú<sup>15</sup>, Goiburú contra Paraguay<sup>16</sup>, etc.

12 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Versión en francés. Serie C No. 154.

13 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7

14 Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

15 Corte IDH. Caso La Cantuta *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

16 Corte IDH. Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22/09/06.

En el sentido nacional, el control de convencionalidad hace alusión a la obligatoriedad que tienen los Estados, por intermedio de sus funcionarios, administrativos o judiciales, de hacer cumplir prevalentemente los tratados del SIDH en el orden interno.

Esta doctrina tuvo sus inicios en sendos votos razonados por el juez Sergio García Ramírez comenzando en el caso *Mirna Mack Chang*<sup>17</sup> contra Guatemala, continuando en *Tibi* frente a Ecuador<sup>18</sup> y siguiendo con el caso *López Álvarez-Honduras*<sup>19</sup>. En estos votos razonados, el juez dejó constancia de la necesidad de confrontación de los hechos de cada caso con la CADH y no solamente con las normas internas de cada país.

Sin embargo, fue solo hasta el caso *Almonacid Arellano* contra Chile que el control de convencionalidad vio la luz como lo conocemos hoy en día. Allí la Corte manifestó:

La Corte es consciente de 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 CADH. 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.

Desde este pronunciamiento, el desarrollo del concepto ha sido vertiginoso, toda vez que en el caso *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*<sup>20</sup>, la Corte manifestó la obligación de realizar este control ex officio por parte de los funcionarios judiciales y administrativos.

Así mismo, en el voto razonado del juez Ferrer Mc-Gregor al caso *Cabrera García y Montiel Flores*<sup>21</sup>, este juez ad hoc ha reiterado la existencia de una doctrina del control de convencionalidad en doble vía (a imagen y semejanza del control de constitucionalidad) con la existencia de un control de convencionalidad concentrado y un control de

17 Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

18 Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

19 Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141.

20 Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158

21 Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220



convencionalidad difuso. El primero obedece a la obligatoriedad que tienen los tribunales de cierre y la CIDH de hacer cumplir en cada caso concreto los preceptos de la CADH y demás instrumentos concordantes. El segundo, en palabras del juez Ferrer Mc-Gregor:

20. Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe desarrollarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la CADH, y con mayor razón, de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

21. Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

Estas manifestaciones ponen de presente la relevancia de este control de convencionalidad difuso, porque así como en el caso colombiano todos los jueces son jueces constitucionales, en el caso interamericano, todos los jueces nacionales serán jueces interamericanos, dándole eficacia plena a la CADH, sus instrumentos complementarios y los precedentes de la CIDH y su jurisprudencia.

No obstante, los efectos no se quedan aquí. La doctrina del control de convencionalidad difuso tiene efectos importantísimos en el ejercicio de la jurisdicción, pues en países como el nuestro, donde existe la llamada excepción de inconstitucionalidad atribuida a todos los jueces, esta capacidad se extrapola hacia una excepción de inconvencionalidad, y es una obligación de todos los jueces nacionales, inaplicar una norma cuando observen una contradicción con la CADH, recordando que dicho control debe realizarse de oficio por el juez.

A su vez, el control de convencionalidad se relaciona con lo que algunos doctrinantes han llamado el efecto “radioactivo” de los pronunciamientos de la Corte IDH, que implica que los estándares que se determinen en una sentencia frente a cualquier Estado de la región, deberían ser implementados en los demás Estados por ser la interpretación autorizada de la CADH.

## Realidad del control de convencionalidad

Pasando de la simple teoría, o de la interpretación jurisprudencial que hace la Corte a la realidad judicial, se puede observar que dista mucho de lo que se busca con esta figura. Es cierto que el control de convencionalidad concentrado ha funcionado en muchos países con Cortes Constitucionales o Cortes Supremas con salas constitucionales abiertas al cambio del paradigma jurídico. Es así en la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema de Argentina (Caso Ekmedijan contra Sofovich, Caso Mazzeo, Caso Hector Julio Simón), la Corte Constitucional peruana (Caso Martin Silva), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia; y la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana.

Aún más, en ciertos casos como en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, pueden encontrarse aplicaciones interesantes del control de convencionalidad concentrado, respecto de los artículos 8.1, 5.1 y 7 de la CADH así como interpretaciones respecto de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar la Tortura (CIPST) y la CIDF. Lo mismo sucede en varias sentencias de la Corte Constitucional colombiana en la cual se aplica control de convencionalidad.

Otro caso exitoso es el mexicano. Si bien, inicialmente la Corte Suprema de México y, en general, toda la judicatura, se mostró reacia a la aplicación de sentencias tan controvertidas de la CIDH como Castañeda Gutman<sup>22</sup> o Rosendo Radilla Pacheco<sup>23</sup>, todo el debate se concretó en la Reforma Constitucional del año 2011 donde se le dio un carácter de obligatorio a las sentencias de la Corte y además se le ordenó a los jueces la realización del control de convencionalidad, lo cual ha generado toda suerte de capacitaciones a los jueces internos.

Sin embargo, el control difuso aun no es una realidad. Los jueces del orden municipal o del circuito, y en muchos casos, los mismos tribunales superiores, no reconocen la autoridad que puede tener el llamado bloque de convencionalidad frente a la norma legal. Ni que decir lo que sucede en la sede de la jurisdicción civil, en la cual hablar sobre pronunciamientos de la CIDH resulta un exabrupto. Incluso, cuando estos jueces fungen como jueces constitucionales resulta prácticamente imposible lograr la protección a un derecho fundamental constitucional con base a pronunciamientos del SIHD.

Este panorama es aún más negro en otros Estados como Brasil con la sentencia Gómez Lund<sup>24</sup> que deja sin piso la Ley de Amnistía Brasileira y con casos como el de la CIDH

22 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 06/08/08.

23 Corte IDH. Caso Radilla Pacheco *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

24 Corte IDH. Caso Gómez Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

sobre la represa de Belomonte, que han suscitado en el Estado brasilero toda suerte de oposiciones a la competencia que pueden tener los órganos del SIDH respecto del orden jurídico interno.

## La aplicación de “estándares internacionales” o normas de soft law

Sin duda alguna, otro ejemplo de activismo judicial internacional es la aplicación de ciertas normas que la Corte tiende a llamar “estándares internacionales” que generalmente están marcados por la existencia de normas de soft law. Estas, que hacen parte de la dinámica moderna del Derecho Internacional, son resoluciones, proyectos, y conjuntos de principios que los organismos internacionales o algunos grupos de expertos desarrollan sobre un tema específico y las dejan a disposición de la comunidad internacional para su aplicación.

1. La CIDH ha tenido por práctica común utilizar un variado catálogo de normas de soft law para analizar ciertos temas, entre ellas encontramos:
2. Protocolo de Estambul para el análisis de la violencia sexual como tortura<sup>25</sup>.
3. Principios Rectores sobre Desplazamiento Forzoso<sup>26</sup>.  
Conjunto de principios actualizados para la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad<sup>27</sup>.
4. Principios de las Naciones Unidas sobre las reglas mínimas aplicables a las personas privadas de la libertad<sup>28</sup>.
5. Reglas de Beijing<sup>29</sup>.
6. Principios de Yogyakarta<sup>30</sup>.
7. Declaración de principios de la CIDH sobre libertad de expresión.

25 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

26 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148.

27 Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252.

28 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C No. 25.

29 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeduación del Menor” *vs.* Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

30 Estos principios han sido utilizados por la CIDH en su estudio Orientación Sexual, identidad de género y expresión de género. Algunos términos relevantes.

8. Principios de Johannesburgo.
9. Principios de Limburgo<sup>31</sup>.
10. Principios de Chicago sobre la Justicia Transicional.
11. Principios de Minnesota (caso niños de la calle).

Así mismo, al utilizar estas normas suele mezclarlas con variada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y con informes de los Comités de tratados de Naciones Unidas. Sin embargo, no existe una regla clara de jerarquía al utilizar estas fuentes. Esa ausencia de un esquema de fuentes, claro y preciso, hace que el juez tenga un espectro más amplio para su activismo porque, básicamente, puede determinar qué es un estándar y qué norma de soft law resulta interesante para la sentencia o el sentido de la decisión que quiere tomar.

## Problemas del activismo interamericano

Pese a lo anterior, no es menos cierto que han existido casos y sentencias (como las citadas por Venezuela en su escrito) que resultan discutibles y además problemáticas para el orden interno, pues a primera vista pareciera observarse que el mismo SIDH desconoce sus reglas de admisibilidad y competencia creando una inseguridad jurídica internacional. En este sentido, las palabras de Hart tomarían vigencia respecto de la discrecionalidad judicial.

Empero, cuando realizamos un análisis minucioso del contenido de estos pronunciamientos, vemos que lo que realmente hace el SIDH, y en especial la CIDH, es literalmente, y ahora sí en palabras de Dworkin, descubrir o reconocer derechos que pueden no estar tan claramente establecidos en la Convención (como el caso del Derecho a la Verdad<sup>32</sup>). Este es particularmente relevante pues allí el SIDH ha creado un derecho que no se encuentra expresamente establecido en la CADH y ha logrado construirlo por pronunciamientos<sup>33</sup>.

31 Corte IDH. Caso Escher y otros *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

32 El derecho a la verdad ha sido definido por la Corte IDH en algunos casos, siguiendo la posición de la CIDH como la conjunción de los artículos 8.1, 25.1 y 13.1 de la CADH.

33 Al respecto resulta de mucha utilidad el artículo del profesor Damián González Salzberg sobre el derecho a la verdad. Véase González Salzberg, Damián. El Derecho a la verdad en situaciones de posconflicto bélico de carácter no internacional. *Revista International Law* No. 12. Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

En otros casos ha llenado de contenido los derechos, es el caso del contenido de la libertad de pensamiento y expresión (en cuanto a los discursos especialmente protegidos<sup>34</sup>) o la libertad personal y la integridad en cuanto a las condiciones de detención (caso Díaz Peña<sup>35</sup> y Pacheco Teruel<sup>36</sup>). Ni que decir respecto de la interpretación de la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 1.1 de la Convención, incluyendo la orientación sexual y la identidad de género como lo hizo en el caso Atala Riffo y niñas<sup>37</sup>, o cuando interpreta la obligación de la debida diligencia en investigación de violencia sexual (Caso Fernández Ortega<sup>38</sup>) y violencia contra la mujer (caso Jessica Lenaham y caso Campo Algodonero<sup>39</sup>). Igual situación se presenta cuando interpretó el término concepción en el reciente caso Artavia Murillo contra Costa Rica<sup>40</sup>, fijando una subregla que debería ser aplicable a todos los países del SIDH.

Con este ejemplo queda claro que el activismo judicial internacional es una realidad innegable, y si se quiere, es el más claro e inevitable ejemplo de activismo. Siendo así, los argumentos que esgrimen Estados como el de Venezuela respecto de las intromisiones indebidas por parte de la CIDH y de la Corte IDH adolecen de sustento real. Las cortes internacionales son el verdadero Hércules en este nuevo orden internacional de los Estados que se han sometido a estas jurisdicciones con el objetivo de entrar en un estándar de protección internacional que les permite manejar con tranquilidad asuntos económicos y de política internacional. Estas cortes, como la interamericana, cumplen con el objetivo de reconocimiento de los derechos más allá de las fronteras del formalismo jurídico y son necesarias para alcanzar una sociedad igualitaria y basada en la justicia social. Aquí se hacen evidentes las palabras de Dworkin (1992: 287-288) en el Imperio de la justicia al decir:

El derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir que es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden que es el derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial.

34 Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad y Expresión. 2009.

35 Corte IDH. Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

36 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 24.1

37 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

38 Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

39 Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205.

40 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

A pesar de esto, un nuevo desafío se enmarca si analizamos la implementación de estas sentencias en el orden interno. Cuando la sentencia resulta de una aplicación sencilla de la norma convencional, es difícil para los Estados no implementarla, aun en contra de su voluntad, pues no hacerlo evidencia ante la comunidad internacional una falta absoluta de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Pero cuando la sentencia se presenta en el desarrollo de un arduo proceso interpretativo del juez interamericano en el cual se ha mostrado activista, la crítica, y sobre todo, la negativa a la implementación de este fallo, puede resultar más aceptada. Lo anterior se incrementa cuando la sentencia no es en contra del Estado donde se solicita la implementación de lo dicho en el fallo, o lo que en derecho internacional se llama el estándar. Allí, las cuestiones sociales y políticas propias de cada Estado impulsan una oposición férrea frente a este activismo y pueden impedir que el objetivo que tenía el juez interamericano al emitir la sentencia, se cumpla.

## Referencias bibliográficas

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe no. 97/09. Caso Alan Brewer Carías *vs.* Venezuela. Admisibilidad. 8 de septiembre.
- Comité Jurídico Interamericano. (2011). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Algunos términos relevantes.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio. Serie C No. 7.
- \_\_\_\_\_. (1996). Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero. Serie C No. 25.
- \_\_\_\_\_. (2001). Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre. Serie C No. 83.
- \_\_\_\_\_. (2001). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero. Serie C No. 73.
- \_\_\_\_\_. (2003). Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre. Serie C No. 101.
- \_\_\_\_\_. (2004). Caso Tibi *vs.* Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre. Serie C No. 114.
- \_\_\_\_\_. (2004). Caso “Instituto de Reeducación del Menor” *vs.* Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre. Serie C No. 112.

- \_\_\_\_\_. (2006). Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre. Versión en francés. Serie C No. 154.
- \_\_\_\_\_. (2006). Caso La Cantuta *vs.* Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre. Serie C No. 162.
- \_\_\_\_\_. (2006). Caso Goiburú y otros *vs.* Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre.
- \_\_\_\_\_. (2006). Caso López Álvarez *vs.* Honduras. Sentencia de 1º de febrero. Serie C No. 141.
- \_\_\_\_\_. (2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre. Serie C No. 158.
- \_\_\_\_\_. (2006). Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia. Sentencia de 1 de julio. Serie C No. 148.
- \_\_\_\_\_. (2008). Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto. Serie C No. 182.
- \_\_\_\_\_. (2008). Caso Castañeda Gutman *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto.
- \_\_\_\_\_. (2009). Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre. Serie C No. 207.
- \_\_\_\_\_. (2009). Caso Radilla Pacheco *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre. Serie C No. 209.
- \_\_\_\_\_. (2009). Caso Escher y otros *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio. Serie C No. 200.
- \_\_\_\_\_. (2009). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre. Serie C No. 205.
- \_\_\_\_\_. (2010). Caso Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre. Serie C No. 219.
- \_\_\_\_\_. (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre. Serie C No. 220.

- \_\_\_\_\_. (2010). Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto. Serie C No. 215.
- \_\_\_\_\_. (2011). Caso López Mendoza *vs.* Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre. Serie C No. 233.
- \_\_\_\_\_. (2012). Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre. Serie C No. 252.
- \_\_\_\_\_. (2012). Caso Díaz Peña *vs.* Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio. Serie C No. 244.
- \_\_\_\_\_. (2012). Caso Pacheco Teruel y otros *vs.* Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril. Serie C No. 241.
- \_\_\_\_\_. (2012). Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero. Serie C No. 239.
- \_\_\_\_\_. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) *vs.* Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre. Serie C No. 257.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- \_\_\_\_\_. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa Editorial.
- \_\_\_\_\_. (2012). Una cuestión de principios. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Fundación para el Debido Proceso. (2012). *Revista Aportes Dppl*, 16(5) marzo.
- González, D. (2008). El Derecho a la verdad en situaciones de posconflicto bélico de carácter no internacional. *Revista International Law*, 12.
- Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad y Expresión. (2009).
- Rodríguez, C. (2002). La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.