
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la “conversación entre iguales”

The Inter-American Human Rights Court and the “conversation among equals”

Roberto Gargarella*[•]

The purpose of this article is to reflect on the justification of the work of the Inter-American Court of Human Rights. The idea that moves this text is that, commonly, we study the decisions of the Court trying to determine whether they refer to an activist or self-restrained Court; whether those decisions are liberal, conservative or progressive; but we seldom reflect on the very justification of the Court’s task. In this brief paper, I will begin to examine the question, taking into account a particular conception of democracy—which I will call “democracy as conversation among equals.” From that standpoint I will derive a certain justification of judicial review—a model of judicial review that would be sensitive to the context and institutional peculiarities of the region—that will help me to critically evaluate the role and mission of the Inter-American Court.

Keywords: constitutionalism, democracy, judicial dialogue, Inter-American Court, judicial review

El propósito de este artículo es el de reflexionar sobre la justificación de la tarea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La idea que mueve a este texto es que, de modo habitual, estudiamos las decisiones de la Corte tratando de determinar si nos refieren a un tribunal activista o poco activista (self-restrained); más liberal, conservador o progresista; pero pocas veces nos detenemos a reflexionar sobre la justificación misma de su tarea. En este breve trabajo, comenzaré a examinar la cuestión, tomando en cuenta una concepción particular sobre la democracia—a la que denominaré “democracia como conversación entre iguales”—.

* CONICET, Argentina. Email: roberto.gargarella@gmail.com.

Desde allí procuraré derivar una cierta justificación de la judicial review –sensible al contexto y peculiaridades institucionales de la región– que me ayudará a evaluar críticamente el papel y misión de la Corte Interamericana.

Palabras clave: constitucionalismo, control de constitucionalidad, democracia, diálogo judicial, Corte Interamericana

1. Introducción

En algunos artículos anteriores, critiqué a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por la fragilidad de los argumentos ofrecidos por ella como sostén de algunas de sus decisiones.¹ Muy en particular, me interesó señalar que la Corte regional mostraba dificultades para lidiar con el concepto de democracia, y con el derecho de los estados latinoamericanos para decidir conforme a la voluntad deliberada de sus miembros. Debo aclarar que mis críticas no estaban animadas por un espíritu nacionalista o anti-liberal, sino por la convicción de que una comunidad democrática tiene el derecho de decidir, a través de una conversación inclusiva, transparente e informada, cómo es que quiere resolver los principales “dramas” con los que se enfrenta.²

En esta oportunidad, quisiera detenerme en los fundamentos principales de mis objeciones anteriores, dando cuenta de las razones teóricas en donde apoyaba tales críticas: una concepción particular sobre la democracia, de la que puede derivarse una cierta justificación de la *judicial review* sensible al contexto y peculiaridades institucionales de la región. Se tratará, en todo caso, de un intento de iniciar una conversación necesaria, que hoy parece ya sea ausente, ya sea mal dirigida: nos ocupamos de marcar nuestros acuerdos y desacuerdos con determinadas decisiones de la Corte IDH; exigimos de ella que sea más activista o más auto-contenida (*self-restrained*), más intervencionista o más deferente, más liberal, conservadora o progresista; pero muy pocas veces abordamos la reflexión más importante, relacionada con la justificación de la tarea del tribunal. El resultado es el que hoy tenemos: un tribunal que decide pocos casos, de acuerdo con criterios cambiantes y opacos, poco sensibles a los cuestionamientos democráticos e igualitarios que enfrenta. Tratando de hacer frente a dicha preocupante situación, en este brevísimo texto comenzaré a reflexionar acerca de qué es lo que debemos exigir y esperar de un tribunal como la Corte IDH, en el marco de nuestras frágiles democracias latinoamericanas.

¹ Roberto Gargarella, *Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay*, 109 AJIL UNBOUND 115 (2015); Roberto Gargarella, *No Place for Popular Sovereignty? Democracy, Rights, and Punishment in Gelman v. Uruguay* (SELA Papers Núm. 124, 2013), https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/124 (último acceso: 22 de septiembre de 2021).

² El caso que disparó mis preocupaciones de entonces fue *Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 221 (24 de febrero de 2011).

2. Una teoría de la revisión judicial para democracias frágiles y desiguales

Sintéticamente, concibo a la constitución como un “pacto entre iguales,” y a la democracia constitucional como una “conversación entre iguales” dirigida a precisar los contenidos, límites y alcances de ese acuerdo común. Por supuesto, estos criterios, prontamente enunciados, no pretenden de ningún modo ser descriptivos de la vida constitucional de América Latina. Se trata de criterios normativos que nos ayudan a fijar un ideal regulativo desde el cual distinguir entre arreglos institucionales, acciones y decisiones más o menos justificadas.

En lo que aquí nos importa, agregaría que dicho ideal regulativo puede servirnos para entender los contornos que podrían distinguir a un sistema de revisión judicial justificado, y así, también, para reflexionar sobre el papel que podría corresponderle a una Corte como la Corte IDH. No creo que, en este respecto, podamos encontrarnos con una respuesta única o indisputable, pero ofrecería en todo caso una propuesta a la que considero, en principio, apropiada y posible. Pienso, en particular, en un órgano judicial orientado a favorecer y hacer posible aquella “conversación entre iguales” arriba descrita. Más específicamente, pienso en una justificación procedimentalista del control judicial, con tribunales orientados a custodiar y reforzar las reglas de juego que permiten el debate y la decisión democráticas (*i.e.*, desde las reglas de mayorías y minorías, hasta las referidas a la libre expresión, la libre asociación, la no-discriminación, etc.). Según dicha teoría, las reglas de juego democrático deberían, por lo demás, ser interpretadas y aplicadas en la misma clave, es decir, al servicio del debate democrático.

En el contexto anglosajón, la Corte Suprema de los Estados Unidos propuso un enfoque procedimentalista similar, al menos desde 1938, a través de la famosa *footnote 4* (“la nota al pie más famosa en la historia de la *judicial review*”) agregada al fallo *Carolene Products*;³ base de apoyo a partir de la cual el jurista John Ely elaboró su célebre enfoque procedimental sobre el control judicial;⁴ que hoy sigue objeto de discusiones y precisiones por parte de la comunidad académica.⁵ Dicha teoría (no pensada para, pero consistente con una concepción de la democracia como la que aquí defiendo) mostraba una absoluta sensibilidad al momento y contexto dentro del cual fue creada. Así, se propuso desde el nacimiento mismo de dicha visión que el Poder Judicial custodiase las reglas del procedimiento constitucional, en particular, frente a dos amenazas que se consideraban propias de ese tiempo político: i) los intentos de los grupos en el gobierno por mantenerse en el poder, dificultando su reemplazo por grupos opositores; y ii) los persistentes esfuerzos de ciertas mayorías coyunturales por “dejar fuera de juego” a minorías particulares (*discrete and insular minorities*, en la terminología de *Carolene Products*). La pregunta que cabría formular hoy, desde América Latina, y suscribiendo en términos generales aquella lectura procedimentalista del control judicial, sería entonces la siguiente: ¿Cuál sería

³ United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938).

⁴ JOHN ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST (1980).

⁵ Stephen Gardbaum, *Comparative Political Process Theory*, 18 INT’L J. CONST. L. 1429 (2020).

la sensibilidad especial que deberían desarrollar los tribunales, a la hora de reforzar la vigencia de nuestros “pactos entre iguales”? Mi propuesta de respuesta referiría —también— a dos proposiciones vinculadas entre sí: los tribunales deberían custodiar y reforzar las reglas que permiten nuestra conversación democrática, haciendo un esfuerzo especial por i) evitar los persistentes abusos de poder impuestos por parte de un poder político concentrado; y ii) confrontar los efectos derivados de desigualdades económicas-sociales muy consolidadas.

3. La Corte IDH frente a las demandas de la “conversación entre iguales”

Entiendo que una concepción como la presentada —llamémosla, de la “conversación entre iguales”— resultaría apropiada para fundar sobre bases finalmente sólidas el accionar de la Corte IDH —una Corte que hoy, conforme señalara, tiende a tomar sus decisiones sin apoyo en una base teórica sólida, consistente y estable en el tiempo—. Por lo demás, un enfoque como el expuesto nos permitiría, por un lado, explicar y hacer honor de muchas de las decisiones *prima facie* atractivas, tomadas por el tribunal, y por otro, comprender por qué, muchas otras decisiones (u omisiones), pudieron quedar, justificadamente, sujetas a críticas.

Ante todo, aclararía que la noción de democracia que asumo aquí encuentra inspiración y sostén últimos en principios democráticos como los consagrados en la Carta Democrática Interamericana (*i.e.*, arts. 1, 2, 3, referidos a la participación política);⁶ y en el art. 23.1a de la Convención Americana,⁷ relativo al derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes.

Una concepción como la expuesta, por lo demás, acompañaría lo sostenido por diversos expertos en el área, que justifican, en general, lo actuado por la Corte IDH en su “primera” y larga etapa, a la que ven orientada a dar respuesta a violaciones masivas de derechos humanos.⁸ Esta “primera etapa” se extendería a todos aquellos casos marcados por (sigo aquí a Jorge Contesse) el *ethos* impuesto por su decisión en *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, incluyendo a otras decisiones similares, aparecidas frente a masacres y violaciones graves de derechos.⁹ Dentro de dicho marco, las decisiones de la Corte IDH podrían ser reconstruidas como “interferencias” activas

⁶ Carta Democrática Interamericana, 11 de septiembre de 2001, https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm (último acceso: 22 de septiembre de 2021).

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica; en vigor desde el 18 de julio de 1978.

⁸ Jorge Contesse, *Contestation and Deference in the IAHRs*, 79 *LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS* 123 (2016). En sentido similar, Claudio Grossman, *The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future*, 83 *IND. L.J.* 1267 1268 (2008); Víctor Abramovich, *From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System*, 11 *SUR—INT’L J. HUM. RTS* 6, 9 (2009).

⁹ *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Fondo, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 4 (29 de julio de 1988); *Godínez Cruz v. Honduras*, Fondo, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 5 (20 de enero de 1989); *Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras*, Fondo, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 6 (15 de marzo de 1989).

(antes que “deferentes”) y apropiadas, dirigidas al restablecimiento del estado de derecho y de las bases del sistema democrático, en una región en donde la democracia constitucional había resultado mayormente arrasada.

Más acá en el tiempo —y sólo por mencionar unos pocos ejemplos— el enfoque propuesto podría respaldar también —al menos, en términos generales— una serie de decisiones de la Corte IDH, como las orientadas a proteger la independencia judicial, frente a injerencias indebidas de la política (como en los casos *Apitz Barberá o Reverón Trujillo*, en Venezuela; o *Quintana Coello* o *Camba Campos*, en Ecuador);¹⁰ las que propusieron una interpretación amplia de los derechos de participación política (en casos como *Yatama*, relacionado con las comunidades aborígenes en Nicaragua; u otros como *Castañeda Gutman*, relacionados con la participación popular a través de consultas, referendos y plebiscitos);¹¹ o las que afirmaron una lectura robusta de la libertad de expresión, particularmente protectora de la crítica política (en casos como *Ríos*, *Perozo* o *Granier*, vinculados con restricciones sobre los medios de comunicación en Venezuela).¹²

Al mismo tiempo, una concepción sobre la revisión judicial como la arriba defendida nos permitiría entender por qué resultarían impugnables otras decisiones y omisiones producidas por la Corte IDH en estas décadas. Desde el compromiso con la “conversación entre iguales” uno podría cuestionar, por ejemplo, la argumentación ofrecida por la Corte en *Barrios Altos* para desafiar la auto-amnistía impulsada por el gobierno de Alberto Fujimori— ello así, por basarse, indebidamente, en la incompatibilidad de las amnistías con la Convención Americana de Derechos Humanos, en lugar de considerar que la misma era inválida, en tanto promovida por un gobierno que venía de provocar un “autogolpe” y clausurar el Congreso de la Nación—.¹³ De modo más severo, desde el esquema propuesto podría cuestionarse la decisión de la Corte IDH en *Gelman*, por el desdén con que dicho tribunal descalificó el extendido y profundo debate democrático que se dio en Uruguay, antes de la sanción de una ley de amnistía (un debate que incluyó, entre otras instancias, dos consultas directas a la ciudadanía, que la Corte IDH descartó como meras formalidades).

¹⁰ *Apitz Barberá y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C) No. 182 (5 de agosto de 2008); *Reverón Trujillo v. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C.) No. 197 (30 de junio de 2009); Caso de la Corte Suprema de Justicia (*Quintana Coello y Otros*) v. Ecuador, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Corte IDH (ser. C) No. 280 (21 de agosto de 2014); Caso del Tribunal Constitucional (*Camba Campos y Otros*) v. Ecuador, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Corte IDH (23 de junio de 2016).

¹¹ Ver *Yatama v. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C) No. 127 (23 de junio de 2005); *Castañeda Gutman v. Mexico*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C) No. 184 (6 de agosto de 2008).

¹² Ver *Ríos y otros v. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C), No. 194 (28 de enero de 2009); *Perozo y otros v. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C), No. 195 (28 de enero de 2009); *Granier y otros v. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (ser. C) No. 293 (22 de junio de 2015).

¹³ *Barrios Altos v. Perú*, Fondo, Corte IDH (ser. C) No. 75 (14 de marzo de 2001).

Asimismo, desde dicho ideal se podrían impugnar los límites expresados por las respuestas dadas por la Corte IDH en materia de “consulta previa” (como en el caso *Sarayaku*),¹⁴ o la falta de sensibilidad “contextual” demostrada por ella en temas relacionados con las graves desigualdades socio-económicas existentes en la región. Ello así, no sólo por la “timidez” de algunas de sus decisiones en el área (que suelen escapar de la consideración de los problemas estructurales que allí se manifiestan), sino también por no tomar en serio sus deberes en materia de supervisión e implementación de los fallos que ha dictado en esta materia.

4. Sobre las condiciones estructurales de la “conversación entre iguales”

Antes de concluir este análisis, quisiera dejar planteada una cuestión que considero crucial, relacionada con la viabilidad de la “conversación entre iguales” y así, también, con la posibilidad de garantizar un desempeño justificado de la Corte IDH. Según entiendo, necesitamos reflexionar sobre las condiciones materiales e institucionales necesarias para el cumplimiento de las tareas que exigimos a nuestros jueces. Por falta de espacio, no indagaría ahora sobre algunas carencias materiales (*i.e.*, falta de respaldo económico por parte de la OEA; carencia de personal) que afectan gravemente el funcionamiento del tribunal. Haría una breve referencia, en cambio, a lo que, desde los inicios del constitucionalismo, se identificara como los medios constitucionales y motivaciones personales necesarios para asegurar el cumplimiento de una cierta función pública. No podemos seguir contentándonos con “enunciar” los “deberes” propios de un cierto funcionario o un cierto órgano, descuidando por completo las preguntas fundamentales: ¿Cuenta el funcionario en cuestión con los medios institucionales que necesita para cumplir con la tarea que se espera que lleve a cabo? ¿Por qué deberíamos esperar que dicho funcionario (u órgano) se vea motivado a actuar como deseamos? Hemos abandonado por completo esta línea de reflexiones y, como resultado de ello, hoy tendemos a descansar—inaceptablemente— en la buena fortuna o el azar. Podemos esperar de nuestros funcionarios, por tanto, casi cualquier cosa—decisiones “activistas”, “deferentes”, “conservadoras,” “liberales”—. Es hora, me parece, de tomar en serio estos problemas. Si—para dar algún ejemplo— queremos un sistema institucional más “dialógico”, debemos facilitar, en lugar de dificultar, ese resultado (*i.e.*, dificultar como lo hacemos hoy, a través de un sistema de *checks and balances* más afín a evitar la guerra civil que a promover el diálogo). Si queremos jueces más sensibles a las desigualdades existentes, debemos facilitar al extremo—en lugar de seguir bloqueando— el acceso de los más desaventajados a los tribunales internacionales. Se trata, finalmente, de delinear una teoría democrática no para los libros, sino para que nos ayude a enfrentar las injustas desigualdades que nos rodean y avergüenzan.

¹⁴ Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Corte IDH (ser. C), No. 245 (12 de junio 2012).