ACTIVISMO JUDICIAL Y LÍMITES DEL DERECHO EN LA ACTUACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *

Rocío Villanueva Flores

*Pontificia Universidad Católica del Perú
mrvillan@pucp.edu.pe*

RESUMEN. La autora defiende la utilidad del postpositivismo para analizar dos problemas que plantea la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero, es el de los efectos jurídicos de las leyes internas que violan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mismas que pueden ser divididas entre leyes extremadamente injustas y leyes injustas. El segundo es el de la competencia de la Corte IDH para restaurar la vigencia de un decreto declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Costa Rica.

Palabras clave: postpositivismo, leyes de amnistía, injusticia extrema, activismo judicial, validez jurídica, reglas que confieren poderes.

Judicial Activism and the Limits of Law through the Rulings of the Interamerican Court on Human Rights

ABSTRACT. The author defends the relevance of postpositivism to analyze two problems arisen from the application of the American Convention on Human Rights. The first one is the legal effects of domestic laws that violate the American Convention on Human Rights, which can be categorized as either extremely unfair laws or unfair laws. The second problem concerns the competence of the Interamerican Court on Human Rights to reestablish the validity of a decree that was declared unconstitutional by the Costa Rican Supreme Court.

Keywords: postpositivism, amnesty laws, extreme unfairness, judicial activism, legal validity, power-conferring rules.

* Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2018.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la concepción postpositivista del Derecho, este tiene una doble dimensión: formal o autoritativa y sustantiva o material, pues si bien el Derecho es el resultado de actos de autoridad incorpora ciertos contenidos, los derechos humanos, que condicionan su producción y aplicación. Además, el Derecho no es visto solo como un conjunto de reglas que establecen de antemano la solución de los problemas sino que es también una práctica social, a través de la cual se desarrolla y con la que se pretende lograr ciertos fines y valores. Sin embargo, como afirma ATIENZA, «es una práctica autoritativa puesto que las normas procedentes de la autoridad marcan unos límites infranqueables» (ATIENZA, 2016: 3), lo que explica que no siempre se pueda obtener una solución justa.

Los ejemplos sobre la aplicación de las tesis postpositivistas suelen referirse a casos del Derecho interno que involucran principios constitucionales. No obstante, tales tesis son también muy útiles para analizar la actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos y los problemas que se presentan entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, como el de los efectos jurídicos de las leyes que vulneran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) o la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para restablecer la vigencia de un decreto declarado inconstitucional por una corte suprema.

1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y NORMAS INTERNAS QUE VULNERAN LA CONVENCION AMERICANA

Diversos artículos académicos han analizado críticamente los distintos problemas que plantea el control de convencionalidad. Por ejemplo, se ha cuestionado que el control de convencionalidad implique que el tratado internacional tenga una jerarquía superior al ordenamiento interno, independientemente de lo que la Constitución establezca (DULITZKY, 2014: 538; SAGÜÉS, 2011: 390; BANDEIRA, 2015: 245), que su aplicación cree serios problemas para los Estados cuyos ordenamientos jurídicos opten por el sistema de control concentrado de constitucionalidad (DULITZKY, 2014: 541; SAGÜÉS, 2011: 386-387) o que la jurisprudencia de la Corte IDH no sea uniforme en relación a quiénes son los sujetos obligados a aplicar el control de convencionalidad (CASTILLA, 2014: 154-155). Asimismo, se ha afirmado que la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad no ha estado exenta de vaivenes (CARNOTTA, 2011: 53), que ha sido inflexible (DULITZKY, 2014: 554) e inconsistente (CASTILLA, 2014: 158).

Los cuestionamientos a la doctrina del control de convencionalidad expresan una relación no siempre pacífica entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno y, en ciertos casos, la pugna por la supremacía de uno de ellos en la práctica jurídica. Asimismo, tales cuestionamientos dan cuenta de una argumentación por parte de la Corte IDH no siempre lo suficientemente clara sobre problemas cuyas

soluciones deberían merecer una mayor fundamentación pues ellas no se encuentran contempladas de antemano en la Convención Americana.

Si bien hay quienes afirman que el «control de convencionalidad» ha sido ejercido por la Corte IDH desde sus primeras sentencias (FERRER MAC-GREGOR, 2011: 560), lo cierto es que fue en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), sobre desaparición forzada y la aplicación de un decreto de amnistía, en el que la Corte IDH utilizó por primera vez tal expresión, estableciendo lo siguiente¹:

124. 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 por que 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 Humanos² (cursiva añadida).

Si bien los jueces chilenos, desde 1998, habían dejado de aplicar el Decreto-ley 2.191 de amnistía, la Corte IDH consideró que tal inaplicación era insuficiente para que el Estado cumpliera con el art. 2 de la Convención Americana (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 121)³. Para la citada corte, era necesaria una reforma legislativa porque, por un lado, el criterio de los tribunales nacionales podía cambiar en la medida en que en el derecho interno el referido decreto seguía vigente (párr. 121) y, por el otro, porque con una ley los jueces tendrían mayor claridad sobre cómo resolver los casos particulares (párr. 123). Por tanto, al mantener «formalmente» el Decreto-ley 2.191 en el ordenamiento jurídico, la Corte IDH consideró que Chile había incumplido el art. 2 de la Convención Americana (párrs. 122 y 129).

2. LA FÓRMULA DE RADBRUCH

Para analizar el problema de la aplicación del control de convencionalidad de cara a la validez y efectos jurídicos del derecho interno es útil tomar en cuenta la distinción que introdujo RADBRUCH entre los casos de injusticia extrema y aquellos que versan

¹ Entre las principales sentencias en las que la Corte IDH ha abordado el control de convencionalidad pueden citarse las dictadas en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), párrafo 128; *Radilla Pacheco vs. México* (2009), párrafo 339; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), párrafo 225, y *Gelman vs. Uruguay* (2011 y 2013), párrafos 231 y 59. También pueden verse las sentencias expedidas en los casos *Furlán y familiares vs. Argentina* (2012), párrafos 302 y 303; *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), párrafo 221; *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos* (2013), nota 76; *Tenorio Roca y otros vs. Perú* (2016), párrafo 231 y *Andrade Salmón vs. Bolivia* (2016), párrafos 94-95.

² Punto Resolutivo 3 de la sentencia: «Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley núm. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos».

³ Art. 2 de la Convención Americana. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

sobre normas injustas. Como se sabe, RADBRUCH cuestionó el principio «la ley es la ley», a partir del cual se sostenía que esta debía ser aplicada sin excepciones. En un ensayo publicado en 1946, propuso lo que hoy se conoce como la fórmula de RADBRUCH, según la cual:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como «Derecho injusto» ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo «Derecho injusto», sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica⁴.

Como afirma ALEXY, la citada fórmula postula una relación necesaria entre el Derecho y la moral pero sin pretender un solapamiento entre ellos, pues el Derecho positivo no deja de ser Derecho aunque tenga contenidos injustos (2005: 205). Más bien, el conflicto entre seguridad jurídica y justicia puede resolverse a favor de la primera; es decir, a favor de la validez jurídica de la ley injusta pues hay «que realizar las pretensiones de la justicia con la menor mengua posible de la seguridad jurídica» (RADBRUCH, 1962: 43). La fórmula de RADBRUCH introduce únicamente un límite excepcional al Derecho: la injusticia extrema (ALEXY, 2000: 205). De ahí que ALEXY afirme que «la extrema injusticia no es Derecho» (2008b: 358).

Algo que merece ser resaltado es que para RADBRUCH la justicia y la seguridad jurídica eran dos fines a los que debía servir el Derecho, pero eran fines que podían entrar en colisión (1975: 57-58 y 69). RADBRUCH afirmaba que la justicia suponía esencialmente la existencia de conflictos entre valores moralmente equivalentes (1975: 61). De la fórmula de RADBRUCH se desprende que la seguridad jurídica es un principio formal muy importante pero que no tiene una prioridad incondicionada (ALEXY, 2008b: 382).

3. LEYES DE AMNISTÍA E INJUSTICIA EXTREMA

La Corte IDH fue el primer tribunal internacional que estableció que las leyes de amnistía (autoamnistía) carecen de efectos jurídicos⁵. Fue en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), previo a *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), en el que afirmó que como «consecuencia de la *manifiesta incompatibilidad* entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (párr. 44), las mencionadas leyes *carecen de efectos jurídicos* (Punto Resolutivo 4) (cursivas añadidas).

En el caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), la Corte IDH no señaló expresamente que dichas leyes carecían de efectos jurídicos *ab initio*, como sí sucedió años más tarde en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006). En la sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú* (2006), dictada poco después de *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte

⁴ He utilizado la traducción de la fórmula de RADBRUCH que figura en ALEXY, 2008b: 356.

⁵ Voto razonado del juez A. A. CANÇADO TRINDADE, caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), párrafo 2.

IDH sostuvo que las leyes de amnistía eran «incompatibles» *ab initio* con la Convención Americana (párrs. 80.62, 174, 187 y Punto Resolutivo 7). En el 2010, en el caso *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil*, la Corte IDH afirmó que, dada la manifiesta incompatibilidad de las disposiciones de ley de amnistía brasileña con la Convención Americana, carecían de efectos jurídicos, desde un inicio, y que tal incompatibilidad no derivaba de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en la Convención Americana (párrs. 174, 176 y Punto Resolutivo 3). En el 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH reiteró que las leyes antes referidas carecen de efectos jurídicos dada su «manifiesta incompatibilidad» con la Convención Americana, aunque no añadió «desde un inicio» (párrs. 226, 232, 246, 253 y Dispone 11). Recientemente, en el caso *Tenorio Roca vs. Perú (2016)*, la Corte IDH ha vuelto a sostener que las leyes de amnistía son «incompatibles» *ab initio* con la Convención Americana (párr. 209).

Si partimos de que el activismo judicial consiste en que los jueces no tomen en cuenta los límites del Derecho, lo que implica que olviden que este tiene una dimensión autoritativa y que son los materiales jurídicos (*i. e.* las leyes) los que fijan tales límites (ATIENZA, 2013: 22), cabe preguntarse ¿es la jurisprudencia de la Corte IDH, que desconoce los efectos jurídicos de las leyes de amnistía, un supuesto de activismo judicial? Daré la respuesta un poco más adelante.

Una lectura superficial de las sentencias mencionadas, sobre todo de la expedida en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)*, permitiría sostener que las leyes internas carecen de efectos jurídicos desde un inicio cuando, por ser contrarias al objeto y fin de la Convención Americana, mermen los efectos de sus disposiciones. Sin embargo, esa lectura es errada pues la posibilidad de negar a las leyes efectos jurídicos desde un inicio debe limitarse a los casos de injusticia extrema y, por tanto, esa posibilidad debe ser excepcional. En tales supuestos, la fórmula de RADBRUCH es útil para establecer los límites del Derecho (que tienen que ver con el contenido: la extrema injusticia). En cambio, en los casos que no suponen injusticia extrema lo que corresponde, de acuerdo con el art. 2 de la Convención Americana, es que sea el Estado, con arreglo a los procedimientos constitucionales, quien adopte las medidas legislativas o de otro carácter para cumplir con el tratado internacional.

De acuerdo con ALEXY, «hay un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa injusticia extrema» (2008b: 384); por ello, «cuando una norma rebasa un umbral de injusticia extrema, entonces carece de validez jurídica» (GARCÍA FIGUEROA, 2013: 21). Como postpositivista, ALEXY defiende que hay una conexión o relación entre el Derecho y la moral, que según él puede ser de dos tipos: clasificante y cualificante (2010: 176)⁶. Se trata de una conexión del primer tipo cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio mo-

⁶ Según ALEXY, la pretensión de corrección es, junto a la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, uno de los elementos definitorios del Derecho (2001: 60, nota 13; 2005: 49). Las normas jurídicas y las decisiones judiciales individuales así como el sistema jurídico como un todo formulan una pretensión de corrección que es sobre todo una pretensión de justicia (2008b: 373). El concepto de conexión cualificante está vinculado a la pretensión de corrección. De acuerdo con ALEXY, otorgar prioridad a la seguridad jurídica en el caso de injusticia extrema es incompatible con la pretensión de corrección, que incluye tanto a la seguridad jurídica como a la justicia (2008b: 382).

ral no son normas jurídicas o sistemas jurídicos. En cambio, se trata de una conexión cualificante cuando se sostiene que las normas o sistemas de normas que no satisfacen determinado criterio moral siguen siendo normas o sistemas jurídicos aunque jurídicamente defectuosos (ALEXY, 2008b: 369). La fórmula de RADBRUCH establece una conexión clasificante en los casos de normas jurídicas o sistemas jurídicos extremadamente injustos pues no se consideran Derecho.

Como sucede en los casos difíciles, la Corte IDH utiliza argumentos morales, de justicia, para sostener que las leyes de amnistía carecen de efectos jurídicos. Por eso, afirma que no se pueden admitir leyes de autoamnistía, dictadas por los propios regímenes para sustraer de la acción de la justicia a sus propios crímenes (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006*, párrs. 120 y 154), que tales leyes conducen a la indefensión de las víctimas o que perpetúan la impunidad de delitos muy graves como la tortura, la desaparición forzada o las ejecuciones extrajudiciales (*Barrios Altos vs. Perú, 2001*, párrs. 41 y 43). La Corte IDH añade, acertadamente, argumentos relativos al contexto en que se cometieron estos crímenes, que permiten sostener que estamos antes casos de extrema injusticia. De esta forma, sostiene que las violaciones a los derechos humanos ocurrieron en operativos dirigidos contra la población civil (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006*, párr. 104), en regímenes no democráticos (*Gomes Lund y otros «Guerrilha do Araguaia» vs. Brasil, 2010*, párr. 123), en el marco de prácticas sistemáticas cometidas por estructuras o aparatos de poder que actuaron bajo esquemas del denominado «terrorismo de Estado», como parte de operativos transnacionales que involucraron a dictaduras de distintos países de América Latina, como la Operación Cóndor, en la que las personas fueron detenidas ilegalmente, torturadas y desaparecidas (caso *Gelman vs. Uruguay, 2011*, párrs. 44-46)⁷.

¿Son Derecho las leyes de amnistía que pretenden perdonar graves violaciones a los derechos humanos como las descritas en el párrafo anterior? Según SODERO, la historia ha demostrado que la concepción del Derecho que se defienda es muy importante en la resolución de los casos dramáticos (2011: 234). Esta cita es pertinente pues, desde una concepción postpositivista, puede sostenerse que la injusticia extrema no es Derecho, de ahí que sea posible afirmar que las leyes de amnistía no fueron nunca jurídicamente válidas⁸. En consecuencia, cuando la Corte IDH señala que las leyes de amnistía y caducidad carecen de efectos jurídicos *ab initio* no debería ser tachada de activista pues la injusticia extrema es el límite excepcional del Derecho. Están excluidos del ámbito jurídico los contenidos extremadamente injustos (SEOANE, 2002: 773), razón por la cual las leyes extremadamente injustas son nulas *ab initio* (ALEXY, 1997: 16-17).

En cambio, desde el positivismo jurídico no se podría dar cuenta de por qué una norma aprobada mediante la autoridad y el procedimiento establecidos, como cualquiera de las leyes de amnistía, no surte efectos jurídicos *ab initio*. Recuérdese que

⁷ El caso *Goiburú y otros vs. Paraguay (2006)* también se dio en el marco de la Operación Cóndor pero en Paraguay no se dio una ley de amnistía.

⁸ No es extraño que en el voto razonado del juez CAÑADO TRINDADE en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)* haya tantas referencias a RADBRUCH, por ejemplo, al cuestionar el carácter jurídico de las leyes de amnistía o al desarrollar la idea de la negación del Derecho (leyes desprovistas del carácter jurídico) (párrs. 5-10).

KELSEN, a diferencia de RADBRUCH o ALEXY, sostenía que cualquier contenido era Derecho (2009: 62) y que HART afirmaba que las leyes moralmente inicuas seguían siendo leyes (1958: 626). Por esa razón, HART criticó duramente la línea de razonamiento seguida por los tribunales alemanes, después de la Segunda Guerra Mundial, en virtud de la cual desconocieron el carácter jurídico de las leyes nazis, aplicando la primera parte de la fórmula de RADBRUCH (1958: 619)⁹.

Los argumentos de la Corte IDH permiten sostener que perdonar las ejecuciones extrajudiciales, el secuestro de mujeres embarazadas, la sustracción de niños de sus madres, y su consiguiente cambio de identidad, o la tortura, cometidos además en determinados contextos, contradice insoportablemente la justicia y, por tanto, utilizando una frase de ALEXY, ese perdón no tiene nada que ver con el Derecho (2008a: 291). Por supuesto, siempre cabría preguntar por qué perdonar que el aparato del Estado haya sido usado, por ejemplo, para ejecutar sistemáticamente a personas o sustraer a los hijos de las mujeres detenidas ilegalmente y sustituir su identidad es injusticia extrema. No obstante, como afirma ALEXY, esa pregunta se aproxima a lo que RADBRUCH denominaba escepticismo intencionado (2008b: 384).

Un argumento adicional que suele invocarse para desconocer el carácter jurídico de las leyes de amnistía es el relativo al tipo de proceso al que fue sometida su aprobación. Tanto en las dictaduras como en los gobiernos autoritarios, los métodos para la aprobación de normas se caracterizan, como decía NINO, por la «falta de exposición sistemática de todos los intereses en juego, expresados por sus titulares que son sus mejores jueces» (NINO, 2013: 106-108)¹⁰. NINO sostenía que las leyes aprobadas en dictadura no tienen validez *ab initio* y pueden ser desconocidas cuando su contenido sea inicuo (1992: 146 y 150-151).

Ahora bien, la Corte IDH se ha pronunciado sobre la Ley 15.848, aprobada por el gobierno democrático de Uruguay, en 1986, para reconocer que había caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos por los militares y policías hasta el 1 de marzo de 1981. Antes del pronunciamiento de la Corte IDH, un grupo de ciudadanos, en ese país, promovió y obtuvo el número de firmas necesarias para interponer un recurso de referéndum contra la ley de caducidad, que no fue aprobado al no alcanzar la votación necesaria. Además, se sometió a consideración ciudadana una iniciativa popular para que la Constitución declarara nula dicha ley, que tampoco fue aprobada por la misma razón (caso *Gelman vs. Uruguay*, 2011, párrs. 147 y 149). Por su parte, en Brasil, la Corte Suprema, en el 2010, afirmó

⁹ ALEXY divide la fórmula de RADBRUCH en dos partes. En la primera, se afirma que las leyes pierden su validez jurídica cuando la contradicción con la justicia alcanza un grado que puede ser calificado de «intolerable» o «insostenible» (fórmula de lo intolerable). En la segunda, se niega validez jurídica a las leyes si es que en su establecimiento es negada conscientemente la igualdad que, para RADBRUCH, representa el núcleo de la justicia (fórmula de la negación) (ALEXY, 2008b: 357; RADBRUCH, 1975: 59-63).

¹⁰ Según NINO, los jueces están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de presunción de validez (1992: 693). Por ejemplo, en el caso peruano, esas condiciones estuvieron ausentes pues el proyecto de la primera ley de amnistía no fue ni anunciado ni debatido públicamente y fue aprobado tan pronto fue presentado. La segunda ley, que estableció que la amnistía no era revisable en sede judicial, fue aprobada muy poco después de que una jueza declarara la inaplicabilidad de la primera ley de amnistía [caso *Barrios Altos vs. Perú*, 2001, párr. 2.i) y m)].

la vigencia de la ley de amnistía al declarar improcedente la acción de incumplimiento de precepto fundamental presentada por la Orden de Abogados de Brasil (OAB) contra la citada ley, aprobada por el Congreso Nacional en agosto de 1979 (*Gomes Lund y otros «Guerrilha do Araguaia» vs. Brasil*, 2010, párrs. 134 y 136; Resolución de supervisión de cumplimiento, 2014, párr. 22). ¿Son la ley de caducidad de Uruguay y la ley de amnistía de Brasil leyes válidas? De acuerdo con la práctica de la Corte IDH la respuesta es negativa. Como sostiene ALEXY, es el contenido de tales leyes lo que determina su nulidad. En el caso *Gelman*, la Corte IDH es clara en afirmar que la incompatibilidad entre las leyes de amnistía y la Convención Americana no se restringe a las «autoamnistías», atendiendo, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional (párr. 229). Aun tratándose de dictaduras o gobiernos autoritarios, el argumento sobre la forma o proceso de aprobación de la norma complementa la fórmula de RADBRUCH pero no la sustituye (ALEXY, 2008b: 384 y 386). La jurisprudencia de la Corte IDH reafirma que el derecho interno debe tener ciertos contenidos y, por ello, las razones autoritativas no son suficientes para justificar el incumplimiento de la Convención Americana (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006, párr. 120; *Gelman vs. Uruguay*, 2001, párr. 238).

3.1. ¿Deben ser derogadas las leyes de amnistía?

Dado que las leyes de amnistía nunca fueron Derecho no requieren ser derogadas. Sin embargo, como adelanté, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), la Corte IDH insistió, equivocadamente, en que era necesaria la reforma legal del decreto de autoamnistía porque entendía, desde una perspectiva positivista, que mientras esta no se diera tal decreto continuaba vigente (párrs. 118 y 121). Los esfuerzos de Chile por reformar la legislación constan en la respectiva resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Almonacid* (2010, párr. 17). A diferencia de la sentencia de fondo (2006), en esta segunda resolución la Corte IDH advierte que hay otra forma de dar cumplimiento a la Convención Americana, como la inaplicación por las autoridades judiciales del decreto de autoamnistía (párr. 13), aunque señaló que Chile seguía sin cumplir con asegurar que dicho decreto no representara un obstáculo para la investigación de graves violaciones a los derechos humanos (párr. 22).

Una posición semejante a la de la sentencia de fondo del caso *Almonacid* fue la que tuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Informe de Fondo núm. 95/05 del caso *La Cantuta*, pues recomendó al Estado peruano que derogara las leyes de amnistía (caso *La Cantuta vs. Perú*, 2006, párr. 176)¹¹. No obstante, exigir la derogatoria de las leyes de amnistía —para evitar que surtieran efectos— resultaba difícilmente conciliable con la afirmación de que tales leyes carecen de efectos jurídicos desde un inicio.

¹¹ Posteriormente, la CIDH, al presentar la demanda ante la Corte IDH, por considerar que el Perú no había garantizado «la nulidad e inaplicabilidad» de las leyes de amnistía, le solicitó «que ordenara al Estado la adopción de medidas para garantizar su privación de efectos». En sus alegatos orales y escritos «la Comisión solicitó la supresión o erradicación del ordenamiento de dichas leyes mediante un acto estatal de igual o superior jerarquía» (caso *La Cantuta vs. Perú*, 2006, párr. 176).

Quizá por ello, años más tarde, la Corte IDH, variando la posición expresada en el caso *Almonacid*, dio por cumplida la parte de la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos* relativa «a la declaración de ineficacia de las leyes de amnistía» cuando el Ministerio Público del Perú, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación núm. 815-2005-MP-FN, dispuso que los fiscales solicitaran al Poder Judicial la ejecución de las sentencias supranacionales del caso *Barrios Altos* (Resolución de cumplimiento de sentencia, 2005, Considerando 9b y Declara 1b). En la práctica, sobre la base de la citada resolución de la Fiscalía de la Nación, los jueces y fiscales dejaron de aplicar las leyes de amnistía, sin que hasta el momento hayan sido derogadas. Como sostiene NINO, la derogatoria de las leyes de amnistía no hubiera evitado el problema de su aplicación de acuerdo con el principio de la ley más benigna para los acusados (1997: 245). Pero este último problema no parece haber sido advertido ni por la Corte IDH ni por la Comisión IDH.

3.2. El problema de la prohibición de aplicar retroactivamente la ley y de la prescripción

Que las leyes de amnistía carezcan de efectos jurídicos, es decir, no sean Derecho, no elimina varios problemas jurídicos en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos, como los vinculados a la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal o a la prescripción. Muy brevemente me referiré a ellos dado que una vez que las leyes de amnistía dejan de ser aplicadas, los presuntos responsables deberían ser investigados pero la acción penal podría haber prescrito o los delitos podrían no haber estado tipificados al momento de la comisión de los hechos.

En relación a la prohibición de aplicar retroactivamente la ley, NINO hace una distinción que es útil traer a colación. Sostiene que la prohibición de leyes penales retroactivas está ligada al conocimiento de las circunstancias que son relevantes para la ilegalidad del acto pero no a las condiciones fácticas o normativas para imponer el castigo. Por eso, no cree que el principio contra la legislación penal retroactiva sea un obstáculo «para extender o abolir normas de prescripción para abusos masivos a los derechos humanos» (NINO, 1997: 281).

La Corte IDH también admite la aplicación retroactiva de leyes que amplían los plazos de prescripción, y cita un informe del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, según el cual las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante un gobierno militar deben «ser perseguibles durante todo el tiempo que sea necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores» (Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, caso *Gelman*, 2013, párr. 93)¹². Precisamente, dicha cita tiene lugar en el caso *Gelman* pues en Uruguay, en el 2011, se aprobó la Ley 18.831, que reestableció la pretensión punitiva del Estado para perseguir a los presuntos responsables de los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985. Como sustento de la aplicación

¹² Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3 de noviembre de 2000, CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9. *Vid.* también Comité contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Marruecos, 5 de febrero de 2004, CAT/C/CR/31/2, párrafo 5.f).

retroactiva de la ley, la Corte IDH ofrece los siguientes argumentos (de justicia): *a*) en estos casos resulta irrazonable afirmar que los agentes estatales desconocían la extrema antijuridicidad de sus actos; *b*) el aparato del Estado fue utilizado como instrumento para cometer graves violaciones a los derechos humanos, y *c*) como los agentes responsables contaban con la tolerancia, el apoyo y la garantía de impunidad asegurada por el propio Estado, «no cabe una interpretación estricta de las garantías procesales de prescripción e irretroactividad de la ley penal» (Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, caso *Gelman*, 2013, párr. 94).

Sin embargo, podría presentarse una segunda situación en la que el legislador no haya aprobado regla jurídica restableciendo el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado o ampliando el plazo de prescripción. En este supuesto la autoridad nacional competente debe llevar a cabo la investigación, como ha sucedido en el Perú. En efecto, la Corte IDH ha sostenido que son inadmisibles «las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas» (caso *Barrios Altos vs. Perú*, 2001, párr. 41; *Gelman vs. Uruguay*, 2011, párr. 254)¹³. Por ello, habría que entender que la Corte IDH ha realizado una ponderación en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, sopesando valores como el de seguridad jurídica con otros gravemente afectados, como el derecho a la verdad (caso *Barrios Altos vs. Perú*, 2001, párr. 48), y ha resuelto a favor de estos últimos, «teniendo en cuenta que los primeros no tienen una supremacía universal» (NINO, 1992: 151-152; 1997: 245-246). Una de las razones a favor del desplazamiento de tales disposiciones es que ellas están concebidas para operar en un estado de paz social al cual están llamadas a servir, pero no en situaciones de vulneración de todas las instituciones sobre las cuales el Estado se erige, y en beneficio precisamente de quienes provocaron ese quebrantamiento (Corte Suprema de Justicia de Chile, caso de *Claudio Abdón Lecaros Carrasco*, Sentencia de Reemplazo, 18 de mayo de 2010, considerando 3).

La Corte IDH también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el problema de la retroactividad de la ley penal, en lo que respecta a lo que NINO llama el «conocimiento de las circunstancias que son relevantes para la ilegalidad del acto», a propósito del delito de desaparición forzada. En el caso *Gelman*, ha sorteado acertadamente este problema señalando que si bien cuando desaparecieron las víctimas no se encontraba tipificado tal delito, al ser este uno de ejecución permanente no cabe hablar de aplicación retroactiva de la ley ni se puede considerar prescrita la acción penal (Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 2013, párrs. 99-101). Por su parte, en el caso *Gomes Lund* ordenó que, mientras Brasil cumplía con tipificar el delito de desaparición forzada, debía adoptar todas aquellas acciones que garantizaran el efectivo enjuiciamiento y, en su caso, la sanción de los hechos constitutivos de desaparición forzada a través de los mecanismos existentes en el derecho interno (*Gómez Lund y otros «Guerrilha do Araguaia» vs. Brasil*, 2016, párr. 287 y Punto Resolutivo 15), sin defender la aplicación retroactiva de un nuevo tipo penal.

¹³ Vid. también los casos *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (2004), párrafo 150 y *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* (2005), párrafo 172.

4. LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL DERECHO INTERNO Y LA CONVENCIÓN AMERICANA QUE NO SUPONE INJUSTICIA EXTREMA

Los dos ejemplos que veremos a continuación refuerzan la idea de la utilidad de distinguir entre casos de injusticia extrema y los que involucran normas injustas. Si bien en estos dos ejemplos hay incompatibilidad entre el derecho interno y la Convención Americana, la Corte IDH ha ordenado que los Estados adecuen su legislación a la Convención Americana, sin señalar que carece de efectos jurídicos *ab initio*, respetando los límites que le impone el art. 2 de la Convención Americana.

Un claro supuesto de «manifiesta incompatibilidad» entre la Convención Americana y el Derecho interno, se encuentra en el caso *La última tentación de Cristo vs. Chile* (2001), cuya sentencia fue dictada muy poco antes que la sentencia del caso *Barrios Altos*. En *La última tentación de Cristo vs. Chile*, la Corte IDH se pronunció sobre el art. 19, inciso 12 de la Constitución de Chile, que regulaba la censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. La Corte IDH resolvió que Chile había violado el art. 13 de la Convención Americana, que prohíbe expresamente la censura previa, y dispuso que modificara su ordenamiento jurídico para suprimirla (párrs. 97-98 y Puntos Resolutivos 3 y 4)¹⁴. Un segundo ejemplo es el caso *Boyce y otros vs. Barbados* (2007) en el que la Corte IDH se pronunció sobre el art. 2 de la Ley de Delitos contra las Personas, que imponía la pena de muerte para todo delito de homicidio y que había entrado en vigor en 1868 (párr. 75), así como sobre la llamada «cláusula de exclusión», contenida en el art. 26 de la Constitución de Barbados, que impedía que los tribunales declararan la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución (30 de noviembre de 1966). En relación a la ley sobre la pena de muerte, la Corte IDH señaló que violaba los arts. 4.1 y 4.2 de la Convención Americana y, por tanto, el Estado debía suprimirla o eliminarla (párrs. 71-72, Punto Resolutivo 7). Sobre el citado art. 26, la Corte IDH sostuvo que como «tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial a ciertas leyes» (párr. 79) el Estado debía adoptar medidas legislativas o de otra índole para excluir ese efecto (párr. 80 y Punto Resolutivo 8). En ninguno de los casos citados, la Corte IDH afirmó que las normas carecían de efectos jurídicos *ab initio*, a pesar de que la incompatibilidad entre las citadas normas y la Convención Americana podría ser calificada de «manifiesta»¹⁵.

Es pertinente señalar que la Corte IDH distingue dos formas o vertientes que pueden ser utilizadas por los Estados para adecuar la normativa interna a los parámetros

¹⁴ Art. 13 de la Convención Americana. Libertad de pensamiento y expresión.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores.

¹⁵ Vid. también el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* (1999), párrafo 99 y Punto Resolutivo 5. En los casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), párrafo 128 y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), párrafo 225 o *Gelman vs. Uruguay* (2011), párrafo 193, tampoco hay mención alguna a que las leyes incompatibles con la Convención Americana carecen de efectos jurídicos desde un inicio. Tanto en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* (1999) como en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú* (1999), la Corte IDH ha sostenido que las normas de Derecho interno pueden violar *per se* la Convención Americana, independientemente de que hayan sido aplicadas a un caso concreto (párrs. 98 y 205, respectivamente).

de la Convención Americana y, de esta forma, cumplir con el art. 2 del tratado internacional. La primera vertiente, que es la que aquí interesa, consiste en la supresión de normas y prácticas que vulneren las garantías previstas en la Convención Americana, o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio. Esta primera forma o vertiente «se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda» (*Fornerón e hija vs. Argentina*, 2012, párr. 131)¹⁶. Sin embargo, la Corte IDH no ha señalado cuándo corresponde que las leyes internas sean modificadas (o derogadas) y cuándo anuladas. Por eso, es útil distinguir tres situaciones:

a) En la primera, las normas de Derecho interno, que no configuran casos de injusticia extrema, violan la Convención Americana y, por ello, deben ser modificadas o derogadas para dar cumplimiento al art. 2 del tratado internacional. Como se ha afirmado, el Derecho injusto es Derecho deficiente (o defectuoso) pero es Derecho (ALEXY, 1997: 42). Se trata de normas defectuosas pero jurídicamente válidas (ALEXY, 2001: 55). Surten efectos jurídicos mientras no sean modificadas, derogadas o expulsadas del ordenamiento por los órganos competentes del Estado. La seguridad jurídica es también un valor formal a proteger (ALEXY, 2014: 22), tal como lo confirma la propia jurisprudencia de la Corte IDH dictada antes y después del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006).

b) En la segunda, una ley que configura injusticia extrema es anulada por el órgano nacional competente. Es lo que sucedió en Argentina con la Ley 23.040, de 22 de diciembre de 1983, que declaró insanablemente nula la ley *de facto* 22.924 (de amnistía), señalando que carecía de todo efecto jurídico¹⁷.

c) La tercera situación también se presenta en casos de injusticia extrema pero, a diferencia de la anterior, las autoridades estatales dejan de aplicar la ley sin que medie un acto del Parlamento. Es el caso de las leyes de amnistía peruanas. No es, como dice SAGÜÉS, que se trate de normas de Derecho interno que «rozan» con la inexistencia (2011: 385), son inexistentes para el Derecho y por ello no surten efectos jurídicos *ab initio*. Como no son Derecho, no se requiere de un acto formal del Congreso que las declare nulas.

Como se desprende de lo señalado, en los casos de las leyes de amnistía y caducidad, la práctica de los Estados ha oscilado entre la segunda y tercera opción. En ambos casos se cumple con la Convención Americana y se trata de leyes nulas *ab initio*.

La segunda vertiente a través de cual puede cumplirse con el art. 2 de la Convención Americana «obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en

¹⁶ Vid. también *Almonacid vs. Chile*, 2006, párrafo 118; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, 2008, párrafo 180 y *Andrade Salmón vs. Bolivia* 2016, párrafo 186.

¹⁷ Posteriormente, en Argentina se aprobaron las Leyes 23.492, Ley de Punto Final y 23.521, Ley de Obediencia Debida. Estas leyes fueron declaradas nulas mediante la Ley núm. 25.779. Al respecto también vid. el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, Causa 17.768, Resolución de 14 de junio de 2005. Por su parte, en Chile hay un proyecto de ley para «declarar insanablemente nulo» el decreto de autoamnistía dictado durante el régimen de Augusto Pinochet (<http://www.derechos.org/nizkor/chile/doc/amnistia1.html>).

el futuro» (*Fornerón e hija vs. Argentina*, 2012, párr. 131), que es lo que Costa Rica no hizo en el caso que veremos a continuación.

5. LA RESOLUCIÓN DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DEL CASO ARTAVIA MURILLO —FERTILIZACIÓN IN VITRO— VS. COSTA RICA

Como se sabe, en el año 2012, en la sentencia de fondo del caso *Artavia Murillo y otros —Fecundación in vitro— vs. Costa Rica*, la Corte IDH dispuso que el Estado debía adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quedara sin efecto la prohibición de aplicar esa técnica de reproducción asistida, originada en una sentencia de la Corte Suprema del 2000, que declaró inconstitucional, por razones de forma y fondo, un decreto ejecutivo de 1995 que la regulaba. En esa sentencia, la Corte Suprema de Costa Rica sostuvo que dicha regulación tenía que hacerse mediante ley.

La Corte IDH también dispuso en la sentencia de fondo de 2012 que Costa Rica debía, a la brevedad, regular la fecundación in vitro (FIV). Sin embargo, de acuerdo con la información que aparece en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Artavia Murillo (2016)*: *a*) la Asamblea Legislativa no aprobó ninguna ley sobre FIV a pesar de que se presentaron tres proyectos; *b*) los representantes de las víctimas y otra persona, a fin de acceder a la FIV, presentaron al menos seis recursos de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema que fueron rechazados, y *c*) en el 2015, el presidente de la República y los ministros de la Presidencia y de Salud emitieron el Decreto núm. 39210-MP-S para la realización de la FIV y transferencia embrionaria. No obstante, contra este decreto se presentó una acción de inconstitucionalidad, la que fue declarada fundada por la Corte Suprema, en febrero de 2016, por violación del principio de reserva de ley.

En la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Artavia Murillo (2016)*, la Corte IDH calificó la prohibición de practicar la FIV de «manifestamente incompatible» con la Convención Americana, afirmando que debía entenderse que en Costa Rica estaba autorizada la práctica de la FIV sin que fuera necesario un acto jurídico estatal que reconociera esa posibilidad o que regulara la implementación de la técnica (párr. 26). Adicionalmente, dispuso que el Decreto núm. 39210-MP-S mantuviera su vigencia (párr. 36). Ante esta última decisión cabe plantear la pregunta ¿puede la Corte IDH restablecer la vigencia de un decreto que la Corte Suprema de Costa Rica ha declarado inconstitucional y, por tanto, expulsado del ordenamiento jurídico? Antes de dar respuesta a esta interrogante quiero referirme a las normas que confieren poderes normativos.

5.1. Las normas que confieren poderes normativos

Tenía razón HART cuando sostenía que las reglas que confieren poderes (privados o públicos) son un tipo de normas muy relevantes en el Derecho pues sin ellas no es

posible dar cuenta de un sistema jurídico moderno. Como ejemplos, HART citaba las reglas que dan potestad a los individuos para celebrar contratos o testar o las que otorgan potestad a los jueces para resolver litigios, estableciendo «las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas» (1997: 29). No en vano HART comparaba la relevancia para la sociedad de las reglas que confieren poder con la invención de la rueda, y decía que constituían el paso del mundo prejurídico al jurídico (1997: 41-42). Hay que recordar que no todo lo que se asocia a la cultura del legalismo es malo pues hay valores que son importantes preservar (ATIENZA, 2017: 141-142; LAPORTA, 2007) como el de la seguridad jurídica, al que responden este tipo de reglas.

Como se sabe, las normas pueden clasificarse en regulativas y constitutivas. Las normas regulativas son aquellas que establecen límites a los órganos del Estado y son guías para el ejercicio de sus competencias; estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2003: 721; RUIZ MANERO, 2014: 36). En cambio, las normas constitutivas son aquellas que establecen las condiciones para la producción de resultados institucionales o cambios normativos (RUIZ MANERO, 2014: 70). Ejemplos de resultados institucionales son las sentencias y las leyes. Las normas que confieren poderes son normas constitutivas porque configuran las competencias de los órganos del Estado posibilitando que estos produzcan los resultados institucionales en que consisten sus competencias (RUIZ MANERO, 2014: 26)¹⁸. El esquema de las normas constitutivas es el siguiente: si se da el estado de cosas X y un sujeto (o sujetos) Z realiza la acción o serie de acciones (el procedimiento) Y, dando lugar a un contenido C, entonces se produce el resultado institucional R (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2003: 724)¹⁹. De acuerdo con RÓDENAS, el fundamento de las normas que confieren poderes está centralmente ligado a la fuerza autoritativa del Derecho (RÓDENAS, 2006: 256).

5.2. ¿Es válida la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Artavia Murillo*?

De acuerdo con ATIENZA y RUIZ MANERO se predica validez de acciones y resultados institucionales y es un término que se aplica tanto a las condiciones como a las consecuencias de una acción o resultado institucional (2003: 719-720). Asimismo, tales autores distinguen entre validez como regularidad y validez como existencia institucional o constitutiva (2003: 729 y 731). Se predica validez regulativa de un resultado institucional que no tiene defectos respecto del sujeto u órgano, del procedimiento, de la materia o del contenido pues no viola las normas regulativas referidas a alguno de estos cuatro elementos (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2003: 727). En cambio, para que un resultado institucional tenga validez constitutiva basta que «cuente como» un caso de ese resultado institucional; es decir, que presente cierta apariencia de ser un caso de uso de la regla que le confiere poder al órgano concernido (ATIENZA y RUIZ MANERO,

¹⁸ ATIENZA y RUIZ MANERO distinguen dos tipos de normas constitutivas: las que denominan «puramente constitutivas», que son las que asocian la ocurrencia de un estado de cosas a la producción de un resultado institucional (*i. e.* cumplir la mayoría de edad) y las del segundo tipo, que son aquellas normas cuyo antecedente requiere una acción o un procedimiento, como en el caso de las normas que confieren poderes normativos (2003: 721).

¹⁹ ATIENZA y RUIZ MANERO ubican los problemas de competencia en Z (2003: 731).

2003: 725-726). En efecto, que un resultado institucional sea reconocido como válido depende del pronunciamiento autoritativo de ciertos órganos; por ejemplo, en el caso de las sentencias se requiere el pronunciamiento de un juez; y para que ese resultado institucional deje de contar como válido (para que no sigan desplegando sus efectos) también se requiere del pronunciamiento de un órgano investido de autoridad (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2003: 726), que en nuestro ejemplo sería el pronunciamiento de un tribunal de apelación.

Cuando el resultado institucional tiene algún defecto, por ejemplo, respecto de la competencia, tiene un vicio de validez regulativa. Se trata de un resultado defectuoso pero válido. Por eso, en el derecho interno se establecen recursos (demandas de inconstitucionalidad, recurso de apelación, etc.) para que determinados órganos anulen los efectos jurídicos del resultado institucional defectuoso. Sin embargo, cuando se trata de resultados defectuosos que tienen carácter definitivo, los efectos jurídicos son los mismos que si hubieran sido emitidos regularmente (RÓDENAS, 2006: 267; 2012: 58-62). El Derecho, como afirma RÓDENAS, «genera razones autoritativas independientes del contenido para los operadores jurídicos» (2006: 265).

Atendiendo a lo expuesto, la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del caso *Artavia Murillo* (2016) es un resultado institucional válido, pues es producto de una norma que le confiere poder a la Corte IDH para emitir ese tipo de resoluciones (art. 69.4 del reglamento de la Corte IDH). Sin embargo, es un resultado defectuoso porque la Corte IDH no tiene competencia para restaurar la vigencia del Decreto núm. 39210-MP-S, expulsado del ordenamiento jurídico por la Corte Suprema de Costa Rica. Ni las normas constitutivas de la Convención Americana ni las del reglamento de la Corte IDH le otorgan esa competencia²⁰.

Debo añadir que la citada resolución de supervisión de cumplimiento no es solo un resultado institucional defectuoso sino que coloca a los funcionarios públicos de Costa Rica en la complicada situación de tener que aplicar un decreto declarado inconstitucional por el órgano nacional competente²¹. Por otro lado, que la Corte IDH se arrogue funciones para las que no tiene competencia tampoco es una buena señal para la práctica jurídica de los Estados.

5.3. Activismo judicial y dimensión autoritativa del Derecho

No pongo en duda que lo justo hubiera sido que, entre el 2015 y el 2016, la Corte Suprema hubiera declarado fundadas las demandas de amparo presentadas para acceder a la FIV o que no hubiera declarado la inconstitucionalidad del Decreto núm. 39210-MP-S. Lamentablemente, eso no ocurrió lo que significa, además, que Costa Rica incumplió con lo ordenado por la Corte IDH en la sentencia de 2012.

²⁰ En la página web del Sistema Costarricense de Información Jurídica se ha colgado el Decreto núm. 39210-MP-S con una nota que dice: «Mediante resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de febrero de 2016, se resolvió que el presente decreto ejecutivo debe mantener su vigencia».

²¹ En enero de 2017, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) aprobó el protocolo de alta complejidad que regirá el procedimiento de FIV. Se calcula que, recién en el 2018, la CCSS podrá ofrecer la mencionada técnica de reproducción asistida. Sin embargo, el primer nacimiento en Costa Rica de una niña concebida por FIV tuvo lugar en una clínica privada en marzo de 2017 (BOEGLIN, 2017).

Sin embargo, el Derecho, como se ha insistido, es también el resultado de las decisiones de las autoridades normativas, como las que toman los jueces costarricenses, aunque dichas decisiones no sean siempre las correctas. La seguridad jurídica, como principio formal en virtud del cual lo que ha sido autoritativamente expedido debe respetarse (ALEXY, 2014: 22), es un presupuesto para la protección de los valores materiales del ordenamiento jurídico (ATIENZA, 2017: 9).

Estoy convencida de que la Corte IDH cumple un rol fundamental en la protección de los derechos humanos en América Latina. No obstante, este incuestionable y activo rol debe ser llevado a cabo dentro de los límites del Derecho, lo que supone respetar las normas de competencia. Evidentemente, lo dicho no significa defender que sus jueces sean formalistas, es decir, que atiendan únicamente al texto de ley, dejando de lado las razones subyacentes o que olviden los fines que persigue la práctica jurídica (ATIENZA, 2013: 22). No obstante, desconocer los límites que marcan las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es reducir el Derecho a una sola dimensión (la valorativa) y, como sostiene ATIENZA, al negar que también es una práctica autoritativa le quitamos sus señas de identidad (2015: 4-5). Las tensiones entre las dimensiones autoritativa y sustantiva del Derecho no siempre se resuelven a favor de esta última (ATIENZA, 2011: 234).

El incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, como en el caso de Costa Rica, es un problema que debe merecer la mayor atención de quienes estamos comprometidos con el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. ROSS no dudaba de que el derecho internacional era Derecho, pero lo distinguía del derecho interno pues afirmaba que era menos efectivo en la medida en que sus sanciones consistían «casi completamente en la desaprobación moral» (1971: 92). Eso es precisamente lo que sucede con el art. 65 de la Convención Americana que, a manera de sanción, establece que los casos de incumplimiento deben incluirse en el informe que la Corte IDH remite anualmente a la Asamblea General de la OEA²². Sin embargo, esta deficiencia no debería ser reemplazada por decisiones de la Corte IDH que exceden los límites del Derecho; y creo que quienes están de acuerdo con que restablezca la vigencia del Decreto núm. 39210-MP-S no son plenamente conscientes de todo lo que se pierde con ello.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., 1997: *El concepto y la validez del Derecho*, 2.^a ed., traducción de J. MALEM SEÑA, Barcelona: Gedisa.
- 2000: «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», traducción de A. D. OLIVER-LALANA, *Doxa*, 23: 197-230.
- 2001: «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», traducción e introducción de P. GAIDO, en R. ALEXY y E. BULYGIN, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 53-84.

²² Art. 65 de la Convención Americana. La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

- 2005: *La institucionalización de la justicia*, traducción de J. A. SEOANE, E. ROBERTO SODERO y P. RODRÍGUEZ, Granada: Comares.
- 2008a: «Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, moral y punibilidad», en R. VIGO (coord.), *La injusticia extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy*, Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, 1.ª ed. corregida, 267-307.
- 2008b: «Una defensa de la fórmula de Radbruch», en R. RODOLFO (coord.), *La injusticia extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy*, Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, 1.ª ed. corregida, 355-391.
- 2010: «The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 23, núm. 2, junio, 167-182.
- 2014: «Principios formales», *Doxa*, 37: 15-29.
- ATIENZA, M., 2011: «Dos versiones del constitucionalismo jurídico», *Doxa*, 34: 73-88.
- 2015: «Comentario al nuevo libro de Ramón Ortega. El modelo constitucional de derechos humanos. Estudio sobre constitucionalización del Derecho», 1-23, en <http://lamiradadepitbo.blogspot.com/2015/01/comentario-al-nuevo-libro-de-ramon.html>. Consulta: 2 de febrero de 2017.
- 2016: «La singularidad de la investigación jurídica». Ponencia presentada en el Seminario sobre Enseñanza-Aprendizaje del Derecho, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 7 y 8 de septiembre de 2016, 1-10.
- 2017: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2003: «Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica», *Doxa*, 26: 719-735.
- BANDEIRA, G. R., 2015: «El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en L. LÓPEZ GUERRA y A. SAIZ ARNAIZ (dirs.), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Lima: Palestra, 231-277.
- BOEGLIN, N., 2017: *María José: la bebé símbolo del regreso de la FIV a Costa Rica*, en <http://contexto.cr/opinion/2017/04/17/fiv-vuelve-a-costarica/>. Consulta: 31 de agosto de 2017.
- CARNOTTA, W. F., 2011: «La diferencia entre el control de convencionalidad. Control de convencionalidad y control de compatibilidad», *Anuario Iberoamericana de Justicia Constitucional*, 15: 51-66.
- CASTILLA, K., 2014: «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional», *Revista Derecho del Estado*, 33: 149-172.
- DULITZKY, A., 2014: «El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?», 533-569, en <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>. Consulta: 22 de mayo de 2017.
- FERRER MAC-GREGOR, E., 2011: «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez interamericano», *Estudios constitucionales*, núm. 9, año 2, 531-622, en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>. Consulta: 18 de mayo de 2017.
- GARCÍA FIGUEROA, A., 2013: «Injusticia extrema y validez del Derecho», en P. L. BLASCO (ed. y coord.), *La justicia entre la moral y el derecho*, Madrid: Trotta, 21-47.
- HART, H. L. A., 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, vol. 71, 4: 593-629.
- 1997: *The Concept of Law*, 2.ª ed., New York: Oxford University Press.
- KELSEN, H., 2009: *Teoría pura del Derecho*, 16.ª ed., traducción de R. VERNENGO, México, DF: Porrúa.
- LAPORTA, F., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

- NINO, C. S., 1992: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires: Astrea.
- 1997: *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*, 1.ª ed., traducción de Martín F. BÖHMER, Buenos Aires: Emecé.
- 2013: *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, 1.ª ed., Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- RADBRUCH, G., 1962: *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, traducción de M. I. AZARETO DE VÁSQUEZ, Buenos Aires: Abellido Perrot.
- 1975: «El fin del Derecho», en L. LEFUR, J. T. DELOS y G. RADBRUCH, *Los fines del Derecho*, México: UNAM, primera reimpression en español, 57-70.
- RÓDENAS, A., 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención», *Analisi e diritto*, Milano: Giapichelli, 255-276.
- 2012: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- ROSS, A., 1971: *Lógica de las normas*, traducción de J. S.-P. HIERRO, Madrid: Tecnos.
- RUIZ MANERO, J., 2014: «Una tipología de normas constitucionales», en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Un debate sobre principios constitucionales*, 1.ª ed., Lima: Palestra, 25-80.
- SAGÜÉS, N. P., 2011: «El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo», 381-417, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Consulta: 23 de octubre de 2016.
- SEOANE, J. A., 2002: «La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6: 761-790.
- SISTEMA COSTARRICENSE DE INFORMACIÓN JURÍDICA, 2017: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80115. Consulta: 25 de agosto de 2017.
- SODERO, E., 2011: «Alexy y la rehabilitación de la pregunta sobre el concepto de Derecho», en L. CLÉRICO, J.-R. SIECKMANN y D. OLIVER-LALANA, *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada: Comares, 233-256.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Andrade Salmón vs. Bolivia*, Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Tenorio Roca y otros vs. Perú*, Sentencia de 22 de junio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Artavia Murillo y otros («Fertilización in vitro») vs. Costa Rica*, Resolución de 26 de febrero de 2016, supervisión de cumplimiento de sentencia.
- *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil*, Resolución de 17 de octubre de 2014, supervisión de cumplimiento de sentencia.
- *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 26 de noviembre de 2013 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Mendoza y otros vs. Argentina*, Sentencia de 14 de mayo de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones),
- *Gelman vs. Uruguay*, Resolución de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia.

- *Artavia Murillo y otros («Fertilización in vitro») vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Furlán y familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Fornerón e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 131.
- *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Resolución de 18 de noviembre de 2010, supervisión de cumplimiento de sentencia.
- *Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Barrios Altos vs. Perú*, Resolución de 22 de septiembre de 2005, supervisión de cumplimiento de sentencia.
- *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005.
- *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de setiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de setiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).
- *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos u otro) vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- *Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo).
- OC 04/84, de 19 de enero de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*.