

CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA DE MACCORMICK PARA CONFERIR RACIONALIDAD A LA ACTUACIÓN ACTIVISTA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CONTRIBUTION OF MACCORMICK'S THEORY TO CONFER RATIONALITY TO THE ACTIVIST PERFORMANCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ana Maria D'Ávila Lopes¹

Recebido em: 28/07/2024
Aceito em: 21/12/2024

anadavilalopes@yahoo.com.br

Resumen: Las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se encuentran previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969, cuyo texto permanece prácticamente sin alteraciones desde su aprobación, a pesar de los incuestionables avances de la teoría y de la práctica de los derechos humanos. Esa situación ha llevado a la Corte IDH a asumir funciones que algunos juristas consideran de creación y no de simple interpretación normativa, levantando críticas sobre su legitimidad para ello. En ese contexto, con base en la teoría de MacCormick, el presente trabajo objetiva demostrar que la actuación activista de la Corte IDH ha dado lugar, en algunas oportunidades, a situaciones que fragilizan su propia legitimidad al, por ejemplo, crear estándares sin la suficiente racionalidad argumentativa. Con ese fin, fue realizada una investigación bibliográfica en la doctrina, así como una investigación documental en la legislación y la jurisprudencia interamericana, cuyos resultados fueron analizados por medio de los métodos deductivo e inductivo, respectivamente. Al final, a partir del análisis de una temática concreta (los derechos de las personas con discapacidad), se demostró que la Corte IDH ha creado estándares sin una argumentación racional capaz de respaldar ese activismo, colocando en riesgo su propia legitimidad debido, especialmente, a la imposición que viene haciendo a los Estados de realizar el control de convencionalidad en relación no sólo de la CADH, sino también sobre su propia jurisprudencia.

Palabras clave: Activismo judicial; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Estándartes argumentativos; MacCormick; Teoría argumentativa.

Abstract: The competences of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) are established in the American Convention on Human Rights (ACHR), of 1969, whose text remains practically unchanged since its approval, despite the unquestionable advances in the theory and practice of human rights. This situation has led the IACHR to assume functions that some jurists consider to be of creation and not of simple normative interpretation, raising criticism about its legitimacy to do so. In this context, based on MacCormick's theory, this paper aims to demonstrate that the activist action of the IACHR has given rise, on some occasions, to situations that weaken its own legitimacy by, for example, creating standards without sufficient rational argumentation. To this end, bibliographical research was carried out on the doctrine, as well as documentary research on the Inter-American legislation and jurisprudence,

¹ Universidade de Fortaleza

whose results were analyzed through deductive and inductive methods, respectively. In the end, based on the analysis of a specific issue (the rights of people with disabilities), it was shown that the IACHR has created standards without a rational argumentative discourse capable of supporting this activism, putting its own legitimacy at risk due to, especially, the imposition to the States to carry out the control of conventionality in relation not only to the ACHR, but also to their its own jurisprudence.

Keywords: Judicial Activism; Inter-American Court of Human Rights; Argumentative standards; MacCormick; Argumentative theory.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el desarrollo teórico y práctico sobre los derechos humanos ha sido vertiginoso, provocando que muchos documentos internacionales sobre esa materia, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969, queden desactualizados, no apenas a respecto del número de derechos, sino también sobre su contenido. Frente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha tomado la iniciativa de ampliar sus competencias, condenando Estados por la violación de derechos no previstos expresamente en la CADH e incluso adoptando nuevos institutos para ampliar su cobertura impositiva como, por ejemplo, el control de convencionalidad.

Ese cambio, que a primera vista puede recibir los mayores elogios, viene levantando diversos cuestionamientos, pues ha sido un cambio que no se ha realizado según las normas de reforma de la CADH, sino que ha sido la propia Corte IDH la que ha ampliado sus propias competencias en una clara manifestación de activismo.

En ese contexto, el presente trabajo busca demostrar la ausencia de racionalidad del discurso argumentativo de la Corte IDH en la creación de estándares para justificar su postura activista, lo que viene fragilizando su legitimidad, colocando en riesgo todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Con esa finalidad, fue realizada una investigación bibliográfica en la doctrina, así como una investigación documental en la legislación y la jurisprudencia interamericana, recurriéndose a los métodos de análisis deductivo e inductivo, respectivamente. El marco teórico utilizado para analizar la jurisprudencia de la Corte IDH fue la teoría argumentativa del jurista escocés

Neil MacCormick, que propone tres criterios para identificar cuando una decisión es racional: coherencia, consistencia y universalizabilidad.

De ese modo, el trabajo comienza con una breve presentación del SIDH para, seguidamente, hacer una rápida contextualización de la actuación activista de la Corte IDH, mediante el análisis de algunas de sus decisiones. Finalmente, la teoría argumentativa de MacCormick es aplicada a la construcción de estándares a respecto de una temática específica (protección de las personas con discapacidad), para demostrar la ausencia de racionalidad argumentativa de la Corte IDH. Con ello, se alcanza el objetivo de probar la necesidad de adoptar criterios argumentativos que ayuden a identificar y conceder racionalidad a la actuación de la Corte IDH y, así, mantener incólume su legitimidad.

2. COMPETENCIA DE LA CORTE IDH

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) fue creado en 1948 mediante la Carta de Bogotá, que instituyó la Organización de los Estados Americanos (OEA). Entre sus principales documentos se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (PSS), de 1988.

El SIDH tiene dos órganos principales: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), creada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959 (OEA, 1929); y, b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instituida en la CADH de 1969 (OEA, 1969).

Todos los 34 Estados del continente americano son parte de la OEA y son signatarios de la DADH. Es la CIDH el órgano competente para recibir denuncias contra cualquier de esos Estados por la violación de ese documento.

De esos 34 Estados, apenas 25 han ratificado la CADH y de ellos solamente 20 reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH².

De ese modo, en el continente americano, hay un sistema dual de protección internacional de los derechos humanos. El que se realiza con relación a la DADH por la CIDH, englobando todos 34 los Estados del continente, y él que se inicia en la CIDH con relación a la CADH, que puede llegar a la Corte IDH, comprendiendo apenas 20 Estados.

En la medida en que el presente trabajo es sobre los estándares interpretativos de la Corte IDH, apenas el segundo modelo será detallado en las siguientes líneas, no sin antes observar que sus reglas se encuentran expresamente establecidas en la CADH.

La CIDH, creada efectivamente en 1959, tiene su sede en la ciudad de Washington, D.C (Estados Unidos) y está integrada por siete miembros, elegidos por la Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por los Estados miembros (artículo 34). Dichos miembros actúan a título personal, es decir, a pesar de ser de uno de estos Estados, no los representan. El mandato es de 4 años, renovable una vez (artículo 37). Entre las principales atribuciones de la CIDH, están las de recibir, analizar e investigar, incluso *in locu*, peticiones individuales de violaciones de derechos humanos (artículo 41). La CIDH también tiene la competencia de someter casos a la jurisdicción de la Corte IDH, emitir informes sobre el cumplimiento de los derechos humanos en la región y recomendar a los Estados que adopten medidas para proteger mejor estos derechos.

La Corte IDH, creada en 1969, tiene su sede en San José de Costa Rica y está integrada por siete jueces, elegidos a título personal por la OEA (artículo 52), de una lista elaborada por los Estados miembros (artículo 53), con un mandato de 6 años, renovable una vez (artículo 54). La Corte IDH tiene dos tipos de competencia: consultiva y contenciosa.

La competencia consultiva de la Corte IDH se encuentra prevista en el artículo 64 de la CADH (OEA, 1969) y puede ser solicitada por cualquier

² El Estado brasileño ratificó la CADH por medio del Decreto n° 678, del 6 de noviembre de 1992 (Brasil, 1992) y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH por medio del Decreto n° 4.463, del 8 de noviembre de 2002 (Brasil, 2002) para el juzgamiento de hechos posteriores al 10 de diciembre de 1998.

Estado miembro de la OEA, o órgano enumerado en el Capítulo X de la Carta de la OEA (OEA, 1948), en dos situaciones: a) en relación con la interpretación de la CADH y la legislación interna de cualquier Estado miembro de la OEA; o, b) con respecto a cualquier otro tratado de derechos humanos y la legislación interna de cualquier Estado miembro de la OEA.

El procedimiento contencioso, por otro lado, se inicia en la CIDH cuando cualquier persona, grupo de personas, ONG o cualquier Estado parte de la OEA denuncia un Estado por la violación de cualquier derecho previsto en la CADH (artículo 44). La petición dirigida a la CIDH debe ser por escrito y reunir los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 46. Una vez admitida la petición, la CIDH solicita al Gobierno del Estado denunciado que envíe, dentro de un plazo razonable, informaciones sobre el caso (artículo 48.1, “a”). Una vez recibida esas informaciones, la CIDH verifica si persisten los motivos de la denuncia. Caso no continúen, archiva el expediente (artículo. 48.1, “b”), pero si subsisten, analiza, con conocimiento de las partes, la petición, procediendo a una investigación, pudiendo solicitar cualquier información a las partes (artículo 48 ,1, “d” y “e”). En todo momento, la CIDH se pone a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa (artículo 48.1, “f”). De no haber solución amistosa, la CIDH elabora un informe, que puede contener recomendaciones, y lo remite al Estado denunciado (artículo 50). Si después de tres meses del envío de ese informe no se resuelve el problema, la CIDH formula “las recomendaciones pertinentes y fija un plazo dentro del cual el Estado deberá adoptar las medidas que le correspondan para remediar la situación examinada” (artículo 51). Transcurrido dicho plazo, la CIDH analiza si el Estado ha cumplido o no con las recomendaciones indicadas. Si no se han cumplido, y si el Estado reconoce la competencia contenciosa de la CorteIDH, la CIDH puede denunciarlo ante esa Corte, que dictará sentencia judicial motivada, definitiva e inapelable (artículo. 67). Si el Estado no reconoce la competencia contenciosa de la CorteIDH, la CIDH debe enviar el informe al Secretario General de la OEA (artículo 62).

Esa competencia contenciosa se limita al juzgamiento de un Estado por la violación de los derechos expresamente previstos en la CADH (artículo 44) y, como fue antes mencionado, para ello es necesario que el Estado haya ratificado la CADH y reconozca la competencia contenciosa de la CorteIDH.

Es también importante observar que, conforme, previsto en el artículo 26 de la CADH, los derechos económicos, sociales y culturales poseen efectividad progresiva, consecuentemente, un Estado, con base en esa norma, no puede ser condenado por la violación de ese tipo de derechos, con excepción del derecho a la libertad sindical y a la educación, según lo dispuesto en el artículo 19.6 del PSS.

Sin embargo, en los últimos años, para asegurar una mejor protección de los derechos humanos, tanto la CIDH como la Corte IDH han asumido una posición activista, no se limitando a investigar, juzgar, y condenar los Estados por la violación de los derechos expresamente previstos en la DADH o la CADH, según sea el caso, sino que, con base especialmente en el principio *pro homine* y en la comprensión de que las normas internacionales de derechos humanos forman un *corpus iuris*, han utilizado otros documentos internacionales (incluso algunos no oficiales, como los principios de Yogyakarta) y la jurisprudencia internacional, como fuente argumentativa para responsabilizar a los Estados, conforme expuesto a continuación.

3. EL ACTIVISMO DE LA CORTE IDH

El activismo judicial puede ser definido como el fenómeno neoconstitucional a partir del cual los jueces, al momento de sentenciar, dejan de lado las normas del ordenamiento jurídico creadas para resolver (o ignorar) determinada problemática, y pasan a invocar otras normas o argumentos derivados de sus propias convicciones morales, filosóficas, religiosas o políticas. Es un fenómeno derivado de diversos factores, entre los cuales se destaca la inercia del órgano con competencia para elaborar, regular o actualizar las normas de un ordenamiento jurídico o la inercia del órgano encargado de implementar políticas públicas para dar efectividad a las normas de ese ordenamiento. Frente a esas inercias, el órgano de naturaleza jurisdiccional asume funciones legislativas y administrativas como forma de superar las eventuales deficiencias o insuficiencias del sistema.

Es un fenómeno que no se restringe a los sistemas jurídicos nacionales, sino que también puede ser visto en los sistemas internacionales, como en el caso del SIDH. Así, la CADH, que es la norma vinculante base del SIDH, no ha

sido objeto de las reformas necesarias para acompañar los cambios teóricos y prácticos que se han dado sobre los derechos humanos en el continente las últimas décadas. La CADH es una norma que fue aprobada en 1969, cuando el desarrollo teórico-práctico de la protección internacional de los derechos humanos era aún muy incipiente. Era una época en que muchos de los actuales derechos humanos no eran reconocidos como tales y muchos seres humanos no eran, en la práctica, reconocidos como sus titulares.

Esa situación ha provocado que, con el paso del tiempo, la Corte IDH haya tenido que enfrentar el dilema de actuar activistamente o de dejar de juzgar, optando, en la mayoría de los casos, por la primera opción, desobedeciendo la CADH que expresamente determina que es la Asamblea General de la OEA el órgano competente para alterarla, conforme previsto en los artículos 76 y 77 (OEA, 1969).

Uno de los primeros casos en que la Corte IDH adoptó ese papel activista fue en *Barrios Altos vs. Perú*, de 2001, en el cual afirmó que las leyes de amnistía de delitos graves eran incompatibles con el texto de la CADH, lo que no es correcto. No hay ninguna norma expresa en la CADH sobre leyes de amnistía.

43. [...] Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (Corte IDH, 2001).

Otro de los casos en el cual se puede apreciar como la Corte IDH fue paulatinamente asumiendo una actuación activista es *Cinco Pensionistas vs. Perú*, de 2003, donde se pronunció sobre el derecho a la jubilación (Corte IDH, 2003), que, según el artículo 26 de la CADH, tiene un carácter progresivo. En ese caso, para evitar entrar en contradicción, la Corte IDH fundamentó su decisión no haciendo referencia al derecho social a la jubilación, sino al derecho de propiedad (artículo 21 de la CADH), en la medida en que, con base en el Decreto-Ley n° 25792, las jubilaciones de las víctimas habían sido reducidas, perjudicando su calidad de vida.

187. Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, 1. declara que el Estado violó el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, y Reymert Bartra Vásquez, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 93 a 121 de la presente Sentencia (Corte IDH, 2003).

En su voto concurrente, el Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, presidente en ese momento de la Corte IDH, alegó que la sentencia constituía un paso importante a favor del reconocimiento de la titularidad de los individuos de todos los derechos previstos en la CADH, “5. [...] tomando tanto la Convención Americana como sus *interna corporis* como instrumentos vivos, que requieren una interpretación *evolutiva* (como señalado en su *jurisprudence constante*), para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano” (Corte IDH, 2003).

Otro ejemplo más reciente en el cual la Corte IDH condenó un Estado también por un derecho de carácter progresivo es el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (Corte IDH, 2020). En ese caso, la Corte IDH condenó al Estado argentino por la violación del derecho al medio ambiente y, en un claro ejercicio del principio *iura novit curia*, condenó también por la violación del derecho al agua, que no había sido cuestionado por los peticionarios.

201. La Corte advierte que este es el primer caso contencioso en el que debe pronunciarse sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención (Corte IDH, 2020).

De forma también activista, la Corte IDH ha ampliado el tipo de sanciones establecidas que pueden ser impuestas a un Estado considerado culpable de la violación de derechos humanos. Esa práctica comenzó en el caso *La Cantuta vs. Perú*, de 2006 (Corte IDH, 2006), en el cual impuso, aparte de indemnización, que sí está en la CADH (artículo 63), medidas de no repetición, restitución, satisfacción y rehabilitación.

No fuese eso suficiente, ha flexibilizado diversas garantías históricamente conquistadas, como el principio de la irretroactividad de la ley

penal, de la prescripción y del *ne bis in idem*, como en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 2006.

151. [...] Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (Corte IDH, 2006).

Ese activismo se ha intensificado los últimos años, especialmente en lo que se refiere a la construcción de estándares, para los cuales la Corte IDH ha recurrido a otros documentos internacionales, como la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989, sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, como en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005 (Corte IDH, 2005); la Convención de Belém do Pará, de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 1994, para los derechos de las mujeres, como en el caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Peru* de 2006 (Corte IDH, 2006); o la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 2007, como en el caso *Furlán y Familiares vs. Argentina* (Corte IDH, 2007); bajo el argumento de la existencia de un *corpus iuris* internacional de derechos humanos, lo que, nuevamente, no está previsto en la CADH.

A ello se puede agregar la imposición del control de convencionalidad, definido como la obligación que todas las autoridades internas tienen de dejar de aplicar las normas que sean contrarias a la CADH o la interpretación que la Corte IDH hace de ella, sea en el ejercicio de su competencia jurisdiccional o consultiva.

Ese control no está previsto en la CADH, sino que fue creado por la propia Corte IDH, que usó por primera vez la expresión “control de convencionalidad”, en el caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* de 2006 (Corte IDH, 2006), en cuya sentencia invocó el artículo 26 (buena fe) y el artículo 27 (prohibición de desobedecer un tratado invocando legislación interna) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (ONU, 1969):

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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Corte IDH, 2006).

La obligación de ejercer el control de convencionalidad fue ampliada a toda autoridad nacional en relación no sólo a la CADH, sino también a la jurisprudencia de la Corte IDH en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, de 2011):

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben 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 (Corte IDH, 2011).

No se trata aquí de cuestionar la buena intención de la Corte IDH de perfeccionar los mecanismos de protección de los derechos humanos en la región, sino si la forma que ha optado para ello – el activismo - es el correcto. No es sólo la justicia el único valor fundamental del Derecho. Justicia sin seguridad jurídica puede ser tan perniciosa como la seguridad jurídica sin justicia.

Es justamente frente a esa inseguridad jurídica que, en el presente trabajo, se propone recorrer a la teoría argumentativa de Neil MacCormick,

como subsidio teórico para fundamentar las críticas hechas a la postura activista de la CorteIDH.

4. CONTRIBUCIÓN DE LA TEORÍA DE MACCORMICK

El jurista escocés Neil MacCormick concibe el Derecho como un orden institucional y práctico, sujeto a constantes cambios (*defeasible*), en la medida en que un tribunal puede, después de analizar las pruebas y escuchar los argumentos de las partes, desarrollar una nueva comprensión del Derecho, demostrando que su presumible certeza es siempre rebatible (MacCormick, 2016).

Al reconocer el carácter argumentable del Derecho, MacCormick observa la necesidad de una reconciliación con el principio de la seguridad jurídica, considerado por él como el mayor valor del Estado de Derecho (MacCormick, 2016). Sin embargo, reconoce que la tradicional forma de aplicar una norma, la subsunción, resulta insuficiente para resolver casos difíciles (*hard cases*) (MacCormick, 2009).

De ese modo, propone una teoría argumentativa fundada en una lógica racional capaz de combatir el “decisionismo”, por medio de la formulación de criterios objetivos que permitan identificar la corrección o incorrección de una decisión judicial (MacCormick, 2016). Eses criterios son:

a) universalizabilidad: una decisión judicial debe estar fundamentada en proposiciones universales capaces de poder ser aplicadas a casos semejantes, garantizando la equidad del sistema y, por lo tanto, la seguridad jurídica (MacCormick, 2016);

b) consistencia: una decisión judicial no puede contener argumentos que se contradigan entre sí o que sean contrarios a una norma válida y obligatoria del sistema jurídico (MacCormick, 2009); y,

c) coherencia: una decisión judicial debe ser normativamente coherente, en la medida en que no puede contrariar el sistema jurídico como un todo (lo que muestra la importancia de identificar los principios y valores que fundamentan el sistema) y debe también ser narrativamente coherente, ya que necesita estar en concordancia con las inferencias razonables extraídas de las pruebas del caso (MacCormick, 2009).

Eses tres criterios argumentativos pueden ayudar a identificar la corrección o incorrección de las decisiones activistas tomadas por la Corte IDH, como en el caso de la construcción de estándares jurisprudenciales.

Para demostrar la aplicabilidad de nuestra propuesta, se escogió analizar cómo la Corte IDH ha venido construyendo los estándares argumentativos para los casos relativos a los derechos de personas con discapacidad.

En la CADH no se encuentran previstas normas expresas de protección de los derechos de las personas con discapacidad, pero sí las hay en el Pacto Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (OEA1988), conocido también como Pacto de San Salvador (PSS)

Es en el artículo 18 del PSS donde expresamente se establece la obligación de los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias para que las personas “afectadas por una disminución de sus capacidades físicas o mentales” reciban “una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad” (OEA, 1988).

La aplicabilidad de esa norma, así como todas las otras del PSS, es de desarrollo progresivo, conforme previsto en el artículo 26 de la CADH (OEA, 1969). Por lo tanto, los Estados no pueden ser condenados por la Corte IDH por la falta de implementación de esas normas³, lo que no viene sucediendo. La primera vez, por ejemplo, que el Estado brasileño fue condenado fue en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 2006 (Corte IDH, 2006), que trata sobre el derecho a la salud de una persona con discapacidad. En ese caso, la Corte IDH adoptó el modelo capacitista de discapacidad.

Con la aprobación en 2006 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de la ONU (ONU, 2006), la Corte IDH comenzó a substituir el modelo capacitista previsto en el PSS, para adoptar el modelo social de la CDPD.

El primer caso bajo este nuevo paradigma fue *Furlán y Familiares vs. Argentina*, de 2012 (Corte IDH, 2012), donde es posible ver un gran cambio en

³ Con excepción de las normas que se refieren al derecho a la educación (artículo 13) y a la libertad sindical (artículo 8), según establecido en el artículo 19.6 del PSS (OEA, 1988) que sí son judicializables.

relación con la comprensión de la discapacidad mental que fue dada en el caso *Ximenes Lopes*, en el cual no se cuestionó, por ejemplo, la internación forzada, sino que se dijo que “la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento” (Corte IDH, 2006). Es más, en esta sentencia es posible ver claramente la ausencia de una posición firme de la Corte IDH sobre el asunto, en la medida en que en el párrafo 135 (cinco párrafos después del anterior), defiende el mejor interés y la autonomía del paciente.

Esa imprecisión de la Corte IDH, en adoptar el modelo capacitista o el social, está aún más claro en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, de 2012, en el cual trató la infertilidad como una deficiencia.

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (*supra* párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva (Corte IDH, 2012).

Ese breve análisis muestra que, en ese tema, la Corte IDH fue construyendo estándares sobre los derechos de las personas con discapacidad que no obedecen los criterios de universalizabilidad (condenó un Estado por un derecho no previsto en la CADH), coherencia (contradijo norma expresa de la CADH al dar aplicabilidad directa a un derecho de desarrollo progresivo) y consistencia (los modelos capacitista y social son usados alternadamente en una misma sentencia), comprobando su incorrección.

Así como en el caso de los derechos de las personas con discapacidad, es posible hacer ese tipo de análisis con relación a otros derechos, mostrando claramente la falta corrección de algunos de los fallos de la Corte IDH, derivada de la irracionalidad argumentativa con la que viene construyendo sus fundamentaciones.

Es una actitud que, en lugar de fortalecer el SIDH, lo debilita, pues la inseguridad jurídica lleva a inevitables arbitrariedades y consecuente pérdida

de la confianza sobre la corrección de sus decisiones e, inclusive, sobre su legitimidad (Malarino, 2010).

5. CONCLUSIONES

El activismo asumido por la Corte IDH en las últimas décadas, como consecuencia de la desactualización de la CADH, viene levantando dudas acerca de la legitimidad de su actuación, colocando en riesgo el propio SIDH.

Con el objetivo de enfrentar ese cuestionamiento y contribuir para conferir racionalidad a la actuación marcadamente activista de la Corte IDH, se propuso, en el presente trabajo, adoptar los criterios de universalizabilidad, coherencia y consistencia, de la teoría argumentativa del jurista escocés Neil MacCormick, como forma de no sólo identificar la corrección o incorrección de las sentencias ya emitidas por esa Corte, sino también para pautar su futura actuación.

De eso modo, a partir del análisis de sentencias relativas a los derechos de las personas con discapacidad (*Ximenes Lopes vs. Brasil, Furlán y Familiares vs. Argentina y Artavia Murillo vs. Costa Rica*) se demostró como la Corte IDH ha incurrido en contradicciones, derivando en la incorrección de sus fallos y consecuente cuestionamiento sobre los riesgos de la posición activista que ha asumido, que no sólo crea inseguridad jurídica, sino que coloca en duda su legitimidad.

Para MacCormick, la interpretación de una norma debe ser acompañada de una *praxis* argumentativa, que permita escoger los mejores argumentos a partir de criterios objetivos y racionales. Será de esa manera que se conseguirá que las decisiones judiciales sean válidas, imparciales y respetadas, lo cual, sin duda, fortalecerá el SIDH y, consecuentemente, la protección de los derechos humanos en el continente americano.

REFERENCIAS

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acceso en: 18 jul. 2024.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José, de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm Acceso en: 18 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020.** Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf Acceso en: 13 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.** Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf Acceso en: 12 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012.** Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf Acceso en: 18 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011.** Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf Acceso en: 12 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006.** Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf Acceso en: 15 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Peru, sentença de 25 de novembro de 2006.** Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf Acceso en: 17 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.** Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acceso en: 16 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006.** Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf Acceso en: 16 jul. 2024

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005.**

Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf Acceso en: 17 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003.** Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf Acceso en: 17 jul. 2024.

CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barrios Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001.** Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf Acceso en: 16 jul. 2024.

MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**: Una teoría del razonamiento jurídico. Traducción de José Ángel Gascón Salvador. Lima: Palestra Editores, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. IN: ELSNER, Gisela (ed.). **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Montevideo: Fundación Konrad- Adenauer, 2010.

OEA - Organización de los Estados Americanos (1988). **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 17 de noviembre de 1988.** Disponible en: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm Acceso en: 05 jul. 2024.

OEA - Organización de los Estados Americanos (1969). **Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.** Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Acceso en: 06 jul. 2024.

OEA - Organización de los Estados Americanos (1959). **V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 a 18 de agosto de 1959.** Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf> Acceso en: 14 jul. 2024.

ONU - Organización de las Naciones Unidas. **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.** Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
Acceso en: 14 jul. 2024.

ONU – Organización de las Naciones Unidas. **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.** Disponible en:
https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
Acceso en: 12 jul. 2024.